

LE DROIT AU SALAIRE DE L'EMPLOYÉ EMPÊCHÉ DE TRAVAILLER

(ARTICLE 335 DU CODE DES OBLIGATIONS)

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de Docteur en droit

par

FRANCIS MEYER

Licencié en droit

Avocat



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547925_0033

**LE DROIT AU SALAIRE DE L'EMPLOYÉ
EMPÊCHÉ DE TRAVAILLER**

(Article 335 du code des obligations)

LE DROIT AU SALAIRE DE L'EMPLOYÉ EMPÊCHÉ DE TRAVAILLER

(ARTICLE 335 DU CODE DES OBLIGATIONS)

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de Docteur en droit

par

FRANCIS MEYER

Licencié en droit

Avocat

Le Conseil de la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la thèse de M. Francis Meyer : *Le droit au salaire de l'employé empêché de travailler (article 335 du code des obligations)*.

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises.

Neuchâtel, le 21 mars 1951.

le Doyen de la Faculté de Droit,
P.-R. ROSSET.



A B R É V I A T I O N S

anc. c. o.	Code des obligations, 1881.
ATF	Arrêt du Tribunal Fédéral.
BDT	Bulletin du droit du travail.
BGB	Bürgerlichesgesetzbuch (code civil allemand).
BJT	Bulletin de jurisprudence du travail.
Bull. stén.	Bulletins sténographiques de l'Assemblée fédérale.
c. c. all.	Code civil allemand, 1900.
c. c. s.	Code civil suisse, 1907.
c. o.	Code des obligations, 1911.
Cons. des Etats	Conseil des Etats.
Cons. Féd.	Conseil Fédéral.
Cons. Nat.	Conseil National.
C. P. S.	Code pénal suisse, 1937.
FJS	Fiches juridiques suisses.
Gew. O	Reichsgewerbe Ordnung (ordonnance sur l'industrie et les arts et métiers), 1900.
HGB	Handelsgesetzbuch (code de commerce allemand), 1861.
JDT	Journal des tribunaux.
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, 1911.
LTF	Loi fédérale sur le travail dans les fabriques, 1914.
NZZ	Die Neue Zürcher Zeitung.
O. M.	Loi sur l'organisation militaire de la Confédération, 1907.
OR	Obligationenrecht.
RDS	Revue de droit suisse.
RGBL.	Reichsgerichtsblatt.
RIT	Revue internationale du travail.
RSJ	Revue suisse de jurisprudence.
RVO	Reichsversicherungsordnung (ordonnance sur les assurances).
SJ	Semaine judiciaire.
T. F.	Tribunal Fédéral.
T. F. A.	Tribunal Fédéral des Assurances.
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.

Introduction

Le problème des relations entre travailleurs et employeurs qui se pose chez nous avec moins d'acuité que dans bien d'autres pays, a néanmoins une importance très actuelle. A chaque époque de la civilisation, on a continuellement et partout cherché à le résoudre. Le droit comme l'économie est en constante évolution, aussi la solution de cette question est-elle toujours différente et dans le temps et dans l'espace.

Il n'y aurait pas de problème s'il y avait entre patrons et ouvriers¹ une solidarité d'intérêts constante et entière. Or, il n'existe de solidarité que sur un point, sur une question qui est d'ordre général il est vrai, à savoir sur l'existence même, la continuation de l'entreprise qui fait vivre le patron et ses ouvriers. Cette solidarité disparaît dès que l'on examine les intérêts de chacune des parties.

D'une part, l'ouvrier demande des augmentations de salaire car il désire améliorer son train de vie ; mais ce faisant il oublie que ces nouvelles charges ont une incidence sur les prix de revient et ces derniers une influence prédominante sur le maintien et la création de débouchés.

D'autre part, le patron qui a presque toutes les responsabilités de l'entreprise veut une grande marge de bénéfice, incompatible précisément avec l'existence de salaires élevés.

Cette opposition d'intérêts évidente a donné lieu au cours des siècles à des luttes souvent ouvertes et même sanglantes.

¹ Nous employons dans notre travail les termes de patron et ouvrier ou employeur et employé dans le sens des expressions allemandes Arbeitgeber et Arbeitnehmer. Ces termes, comme le dit Maire (L'organisation sociale du travail, p. 39, note 1) pourraient aussi bien être «salarient» et «salaridé». On tend de plus en plus à admettre pour désigner l'ouvrier et l'employé la désignation générale de «travailleurs», qui est plus ou moins heureuse, mais adoptée dans les rapports internationaux.

Le droit du travail est né dans la deuxième partie du XIX^e siècle. Il est résulté de préoccupations sociales. L'économie libérale était néfaste à la classe ouvrière. Celle-ci avait souvent de la peine à subsister et n'était aucunement protégée. Les patrons commettaient des abus intolérables. En France, par exemple, ce n'est qu'en 1841 que fut promulguée la première loi tendant à la protection de l'ouvrier : elle limitait à douze heures par jour l'emploi dans les usines des enfants de huit à douze ans. La famille ne pouvait vivre du seul gain du père ; tous ses membres étaient obligés de travailler. Le droit du travail parti de ces considérations s'est développé assez rapidement. Le sort des ouvriers en a été considérablement amélioré, même si la paix sociale ne règne pas partout.

Notre législation du travail, socialement moins avancée que celles de la Grande-Bretagne et de la France¹ entre autres, est de nos jours relativement satisfaisante². Elle doit cependant se développer et se compléter.

Quelle est la nature de cette législation ? Primitivement, de par sa teneur, on pouvait admettre que c'était une branche du droit civil puisqu'elle avait à sa base un contrat individuel entre un employeur et un employé. Aujourd'hui encore, elle est en grande partie contenue dans notre code civil, mais elle en dépasse largement le cadre. L'intervention de l'Etat va croissante et de nombreuses règles de droit public sont introduites. Des contrats collectifs peuvent avoir force obligatoire si l'Etat le décide. On ne peut plus actuellement prétendre que la législation du travail fait partie du droit privé lorsque l'on constate à quel nombre de règles de droit public sont soumises les conventions que l'on appelle encore contrats de travail. Nous pensons entre autres aux assurances obligatoires, à la loi sur le travail dans les fabriques, et celle sur la formation professionnelle des apprentis. La législation du travail qui protège les ouvriers devient de plus en plus un droit social.

¹ L'Angleterre connaît le plan Beveridge destiné surtout à combattre le chômage. La France, depuis 1946, vit sous le régime de la Sécurité Sociale influencé en particulier par des préoccupations d'ordre démographique.

² Maire (p. 112) souligne ses bienfaits et le but qu'elle a atteint : « assurer par la limitation des libertés absolues d'une minorité (employeurs) une certaine libération progressive de la majorité (ouvriers) ».

I. LE CONTRAT DE TRAVAIL

Ce contrat est la base du droit du travail. Il est de nature mixte : d'une part, il est soumis à des dispositions de droit civil et des dispositions de droit public, mais d'autre part, certaines des règles de droit civil qui lui sont applicables sont impératives et les autres dispositives.

Ce mélange de règles tient aux caractéristiques économiques du contrat de travail, celui-ci étant un contrat d'adhésion¹, à l'origine tout au moins. La partie toute puissante au contrat, le patron, posait ses conditions et l'ouvrier ne pouvait les discuter. Une trop grande concurrence parmi les salariés les obligeait à accepter un salaire de misère pour ne pas être réduits au chômage. Les abus que nous avons signalés et le déclin des idées libérales ont amené l'Etat à s'immiscer dans les rapports entre patrons et ouvriers et à les réglementer de façon impérative. Les contrats d'adhésion², parmi lesquels on compte également les contrats de transport, les contrats d'assurances et d'autres de moindre importance, «sont donc ceux où doit se manifester ce que Josserand a appelé le «dirigisme contractuel»³.

Quel est l'objet, la raison d'être de la législation du travail ? Comme le remarquent Colin et Capitant⁴, «on peut se demander si les rapports entre employeurs et travailleurs ont vraiment pour base leur volonté commune, le contrat de travail. N'est-ce pas plutôt une relation de travail, régie par un statut ou des statuts impératifs, celui du travail en général, celui de la profession, celui de l'entreprise ?» Ces rapports de travail⁵ existent en fait dès que du travail a été fourni mais découlent en général d'un contrat de travail.

Selon la définition de l'article 319, al. 1 c. o.⁶, les éléments

¹ Planiol-Ripert (Traité élémentaire de droit civil, p. 21) écrivent fort justement : «On a appelé ces contrats des contrats d'adhésion et le mot a fait fortune. Il n'a pourtant aucun sens précis. Adhérer c'est consentir. Il est certain que l'adhésion forme le contrat».

² En période de grand dirigisme, quand l'Etat fixe certains prix, le contrat de vente est alors aussi un contrat d'adhésion.

³ Planiol-Ripert, p. 22.

⁴ Cours élémentaire de droit civil français, p. 748.

⁵ Le droit allemand fait souvent appel à cette notion (Arbeitsverhältniss).

⁶ «Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne (l'employé) promet à une autre (l'employeur) son travail pour un temps déterminé ou indéterminé, contre paiement d'un salaire».

essentiels de ce contrat sont le travail, le salaire et la durée. La seule obligation de l'employé paraît être le travail et celle de l'employeur le paiement du salaire ; or, les obligations de chacun ne se limitent point là. L'employé qui fournit son travail doit exécuter à satisfaction sa prestation. Il ne pourra y parvenir si d'autre part il travaille trop pour son propre compte, ne se repose pas assez, en quelque sorte ne se prépare pas pour son travail et ne se ménage pas à cet effet. En d'autres termes et plus brièvement dit, l'employé aliène sa puissance économique. Le contrat n'est pas interrompu à chaque cessation de travail, il déploie ses effets aussi bien pendant les heures de repos et de loisirs que pendant les empêchements qui peuvent se produire.

Le salaire est donc la contre-prestation du travail de l'employé, mais aussi de son comportement pendant l'existence du contrat. Cette obligation de l'employeur subsiste dans certains cas même lorsque l'ouvrier n'est pas en mesure d'exécuter son travail.

Le lien très étroit qui unit les parties au contrat est caractérisé par sa continuité et en général par sa durabilité.

II. PROTECTION DE L'EMPLOYÉ

La nature du contrat de travail impose à l'employeur d'autres obligations que le paiement d'un salaire pour du travail effectivement fourni. Si l'employé, sans que ce soit sa faute, est empêché de déployer son activité au service du patron, le contrat n'en est pas pour autant résilié ou interrompu. Il n'y a qu'une suspension unilatérale de son exécution : l'employé empêché ne fournit plus sa prestation, mais l'employeur, dans une certaine mesure et dans certaines hypothèses, doit encore s'acquitter de son obligation.

Cette règle de droit, si elle est adaptée de façon à empêcher des abus, est une règle d'équité car elle protège, jusqu'à un certain point, la partie la plus faible au contrat. Le patron privé subitement de la collaboration de son employé lui devra cependant une rémunération, car son travail est la seule source d'existence de l'employé et cette source ne saurait être brusquement tarie sans

conséquences sociales, politiques et économiques fâcheuses.¹ C'est pourquoi il faut le protéger et lui accorder certains avantages, mais il s'agit également de tenir compte de la situation économique et financière de l'employeur. Celui-ci ne peut supporter de trop lourdes charges. Il convient de noter ici déjà que si l'employé est empêché de travailler par sa faute il ne sera pas protégé. Au contraire, son employeur aura la possibilité, aux termes des articles 97 et 107 c. o.², de le mettre en demeure et, à défaut d'exécution de sa prestation, de lui demander des dommages-intérêts. Cette éventualité en général restera dans le domaine de la théorie, vu la faiblesse économique de la plupart des employés et ouvriers et les critiques auxquelles s'exposerait un patron demandeur dans une telle action.

Pour protéger l'employé, et aussi l'employeur³, le législateur a édicté une règle spéciale, l'article 335 du code des obligations. Selon cette disposition, si l'employé est empêché de travailler, il a droit à son salaire pendant un certain temps. Trois conditions cependant doivent être remplies : l'employé doit n'avoir pas commis de faute, avoir conclu son contrat à long terme et être empêché de travailler par une des causes énumérées dans la loi. Nous reprendrons ces différents points après avoir étudié la naissance de cette disposition ainsi rédigée :

« Dans les contrats de travail conclus à long terme, l'employé ne perd pas son droit au salaire pour un temps relativement court, lorsqu'il est empêché de travailler sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale, ou pour telle autre cause analogue ».

¹ Martin, *Le code des obligations, des contrats de droit civil*, p. 196 : « Le droit ne doit pas blesser l'équité. Il faut tenir compte du fait que le salaire est le plus souvent indispensable à l'employé ».

² Article 97, al. 1 c. o. : « Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ».

Article 107 c. o. : « Lorsque dans un contrat bilatéral, l'une des parties est en demeure, l'autre peut lui fixer ou lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable pour s'exécuter ».

Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration de ce délai, le droit de le demander et d'actionner en dommages-intérêts pour cause de retard peut toujours être exercé ; cependant, le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat ».

³ Celui-ci, grâce à l'art. 335 c. o., en effet n'est pas tenu de dédommager tous ses employés empêchés de travailler mais seulement ceux qui remplissent les conditions exigées par la loi.

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT EN VIGUEUR

CHAPITRE PREMIER

Genèse de l'article 335

Section 1. Article 341 de l'ancien c. o. et son interprétation.

Le code des obligations de 1881 contenait déjà un texte semblable à celui du code de 1911 : «Celui qui a engagé ses services à long terme ne perd pas ses droits à la rémunération alors qu'il est empêché de s'acquitter de son obligation pendant un temps relativement court et sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire ou telle autre analogue».

En comparant les textes des articles 341 anc. c. o. et 335 c. o., on constate qu'ils sont d'une grande similitude et qu'en définitive, après des discussions et des délibérations ardues,¹ on a conservé à peu de choses près la disposition légale en vigueur depuis 1881. La rédaction en a simplement été un peu modifiée en ce sens que deux points ont été précisés :

Il est maintenant évident que les termes «pendant un temps relativement court» se rapportent au temps pendant lequel le sa-

¹ Aucun autre texte lors de la revision du c. o., si ce n'est l'article 58, n'a donné autant à faire et de matière à discussion au législateur.

laire doit être payé et non pas à la durée de l'empêchement¹. D'autre part, l'employeur doit exécuter unilatéralement son obligation dans le cas où la cause de l'empêchement est le service militaire, uniquement si ce service est obligatoire à teneur de la législation fédérale.

Le texte de l'article 341 anc. c. o. donnait déjà lieu à différentes interprétations². Selon celle qui prévalut, l'employé avait engagé ses services à long terme lorsqu'une longue durée avait été expressément envisagée, mais aussi lorsque le délai de résiliation du contrat était long lui-même ; la conséquence en fut que l'article 341 n'avait pas son application dans le monde industriel où les délais étaient toujours très brefs.

Section 2. Les projets de revision de l'article 335.

A. Premier projet.

La notion de délai de congé³ eut son influence sur le premier projet de revision⁴ qui s'exprimait ainsi : «La durée doit être appréciée non seulement d'après le délai dans lequel un congé peut être donné, mais encore d'après le temps pendant lequel l'employé a servi chez l'employeur». Selon ce texte, il fallait également tenir compte, pour l'attribution du salaire, de la durée effective des rapports contractuels ; le projet allait ainsi à l'encontre de l'interprétation habituelle de l'ancien article 341 et a servi de base aux raisonnements de ceux qui interprètent extensivement l'article 335, tels, par exemple, Katz dans sa thèse⁵, Oser-Schönenberger⁶ et la Cour d'Appel du canton de Zurich⁷.

¹ Sous l'ancien droit il y avait controverse. Certains prétendaient que le salaire ne devait être payé que si l'empêchement était de courte durée. D'autres, et ce fut leur opinion qui prévalut, remarquaient que l'employé avait d'autant plus besoin d'un dédommagement que son chômage était plus long. Reinert (Der Entgelt im Arbeitsvertrag der Handelsangestellten, p. 50) souligne avant l'entrée en vigueur du c. o. révisé qu'une telle règle représente un grand progrès et sera accueillie avec joie.

En droit allemand (§ 616 BGB) aujourd'hui encore c'est l'empêchement qui doit être de courte durée pour que l'ouvrier ait droit à un salaire. Voir II^e partie, chapitre II, § 13, §§ 3.

² Huber, Bulletins sténographiques Cons. Nat. 1910, p. 346.

³ En terminologie juridique française l'expression est «délai-congé».

⁴ Projet de 1905 en son article 1381, al. 2 ; voir message Cons. Féd. du 3^e février 1905, p. 38. L'alinéa 1 était semblable à l'article 341 anc. c. o.

⁵ «Der Entgeltsanspruch des Dienstpflichtigen...»

⁶ Ouvrage cité, ad art. 335.

⁷ RSJ 44, p. 257 et ss.

Le projet de 1905 contenait un troisième alinéa : «L'employeur ne peut se libérer de son obligation mais en cas d'empêchement dû à la maladie, il peut déduire de sa prestation totale les prestations de la caisse maladie proportionnellement à sa contribution au paiement des primes». Cette rédaction semblait vouloir faire de l'article 1381 une disposition de droit impératif et son but était d'empêcher l'employé de s'enrichir illégitimement au détriment de son employeur à condition que ce dernier ait participé au paiement des primes de l'assurance.

B. Projet révisé de 1909.

Ce projet¹ différait peu du précédent. Il précisait quelques points :

- a) Le service militaire devait être obligatoire selon la loi sur l'organisation militaire.
- b) La prétention de l'employé à son salaire demeurait pendant un temps relativement court si l'empêchement était de longue durée.
- c) L'employeur pouvait déduire de son obligation de paiement une partie des prestations de l'assurance aussi en cas d'accident et non plus seulement lors d'une maladie.

Comme le précédent, ce nouvel article 1381 était également applicable si le délai de congé était long ou si le contrat avait effectivement duré longtemps. Après discussion, cette notion fut même précisée et les Chambres Fédérales décidèrent que le délai de congé devait être d'un mois ou le contrat avoir duré un an pour l'applicabilité de la nouvelle disposition légale.

On proposa même au Conseil des Etats que l'employeur puisse déduire du salaire à payer à l'ouvrier empêché de travailler les frais occasionnés par son remplacement éventuel.

Les discussions en étaient à cette phase quand, ensuite de nombreuses oppositions et de crainte que le nouveau c. o. ne soit pas accepté, les Chambres ne révisèrent la loi qu'en partie et adop-

¹ Bull. stén. Cons. Nat., p. 736 et ss.

tèrent l'actuel article 335 en donnant l'assurance que la question serait reprise après l'introduction de la loi fédérale sur les assurances-maladies et accidents.

C. Oppositions à ces projets.

L'opposition la plus vive prit naissance dans les milieux industriels car jusqu'alors l'article 341 anc. c. o. ne concernait pratiquement pas les employeurs et employés de l'industrie¹. Dans l'artisanat également, on a craint que l'extension des obligations de l'employeur n'impose une lourde charge et le professeur Huber disait au Conseil National²: «Je me suis entretenu avec différents salariés bien orientés qui m'ont déclaré que, si nous chargions trop l'employeur, ce sont les salariés qui en supporteraient seuls les conséquences en ce sens que les exemptés de service militaire et les étrangers seraient favorisés lors d'un engagement; les hommes aptes au service passeraient au second plan et les malades seraient évincés, suites qui doivent également donner à réfléchir au salarié».

Différentes pétitions furent adressées aux Chambres³. Celle de la Chambre de commerce de Zurich et celle de l'Union suisse des arts et métiers soulignaient l'accroissement des charges des employeurs qui découlerait de la nouvelle réglementation.

L'une s'opposait avec vigueur à ce que l'employé pût, s'il était assuré entièrement à ses frais, avoir des avantages matériels plus importants que s'il n'était pas empêché de travailler; une telle situation conduirait sans aucun doute à des abus de la part des employés. L'autre désirait que l'employeur puisse se soustraire à la disposition légale projetée en assurant ses employés. La Société des commerçants, elle, s'étonnait, à juste titre, que l'employeur pût imputer sur le salaire qu'il avait à payer en cas d'empêchement les frais que lui occasionnerait le remplacement de l'employé. Cette règle en effet enlevait toute sa raison d'être à l'article 1381 du projet.

¹ Bull. stén. Cons. Nat. 1909, p. 648.

² Bull. stén. Cons. des États 1910, p. 208 et 213.

³ Bull. stén. Cons. Nat. 1910, p. 346 et ss.

⁴ Pétitions de la Chambre de commerce de Zurich (NZZ 19 octobre 1910), de l'Union suisse des arts et métiers du 18 juillet 1910, et de la Société suisse des commerçants du 12 octobre 1909.

Il y eut donc mécontentement dans les milieux patronaux aussi bien que dans les milieux des salariés.

Section 3. Maintien de l'ancien droit.

Ainsi, après bien des délibérations et en ayant conscience des points faibles de leur projet, les Chambres ont renoncé à une révision plus complète. On a craint les inconvénients d'une surassurance, les dangers d'abus de la part des employés et l'augmentation des charges financières de l'employeur ; on s'en est tenu à l'ancien droit, en apportant à la règle quelques modifications de détail comme nous l'avons exposé ci-dessus¹. La question devait être reprise². Quarante ans plus tard l'article 335 est encore en vigueur, mais une partie de la jurisprudence en fait une interprétation très extensive ainsi que nous le verrons, et fort discutable.

¹ Voir section 1.

² Voir Bull. stén. Cons. Nat. 1910, p. 350 les termes d'un rapporteur : « Nous pensons qu'il est préférable de renvoyer l'examen définitif de toute la question du droit du salaire de l'ouvrier en cas de maladie, jusqu'au moment où les lois d'assurances auront fixé les indemnités de l'employé victime de la maladie ou de l'accident ».

CHAPITRE II

L'article 335 du code des obligations

Si l'on excepte les règles qui ont trait aux employeurs et employés vivant en communauté domestique¹, celles qui concernent les apprentis² et celles s'appliquant aux voyageurs de commerce³, les dispositions légales qui aujourd'hui régissent le paiement de salaire à l'employé en cas d'empêchement se trouvent contenues dans les prescriptions concernant le régime des allocations pour perte de salaire et de gain⁴, dans l'article 130 LAMA et dans l'article 335 c. o.

Nous nous arrêtons d'abord à cette dernière règle dont nous connaissons déjà le texte⁵ et étudions ses différents éléments : le contrat conclu à long terme, l'empêchement de travailler, le paiement de salaire.

Posons auparavant l'axiome suivant, valable tout au long de notre étude : dans toute solution d'un problème de droit du travail entre une part importante d'équité ; aussi n'est-il pas souvent aisé d'établir des règles strictes ou de fixer des durées déterminées immuables. Il faut toujours considérer tant de facteurs différents et d'importance variable que beaucoup de problèmes et leurs solutions sont des cas d'espèces.

¹ Article 344, al. 2 c. o.

² Loi sur la formation professionnelle des apprentis du 26 juin 1930, article 14, al. 3.

³ Loi sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941, article 12.

⁴ Ceci en cas de service militaire ; voir Guide pour l'application des régimes des allocations pour perte de salaire et de gain.

⁵ Voir Introduction, chiffre II.

Section 1. Contrat de travail conclu à long terme.

La question la plus délicate et la plus discutée de notre problème est de savoir dans quels cas on peut admettre qu'un contrat a été «conclu à long terme¹». Il faut à cet effet examiner différentes hypothèses, voir en premier lieu si la durée du contrat a été prévue lors de sa conclusion et, sinon, tenir compte de l'importance du délai de résiliation. Il s'agit enfin de déterminer si une longue durée effective d'un contrat est assimilable à une longue durée convenue lors de la conclusion de l'accord.

Sous-section 1. Contrat à durée déterminée.

Si la durée d'un contrat est prévue par les parties, la question qui se pose peut se formuler ainsi : «Quelle durée minimale doit avoir été prévue dans une convention pour qu'on puisse la qualifier de contrat conclu à long terme ?»

La durée effective des rapports de travail jusqu'au moment de l'empêchement n'a dans un contrat à durée déterminée qu'une importance secondaire². Il importe peu également que lors de cet empêchement le contrat n'ait pas encore ou ait déjà dépassé la durée minimale dont nous parlons. Enfin si, au moment de l'empêchement, le contrat de travail a dépassé sa durée prévue, l'article 335 c. o. s'applique aussi car le contrat se sera prolongé et non renouvelé comme on pourrait l'admettre à la lecture de l'article 346, alinéa 1 c. o.³. Le législateur, en effet, a été malheureux dans son expression, car il s'agit bien d'une prolongation et non d'un renouvellement. Si le contrat se renouvelait, il y aurait un desserrement des liens juridiques unissant les parties, or ce desserrement ne se produit pas, bien au contraire : on ne pourrait concevoir,

¹ N'y a-t-il pas présomption que tous les contrats sont « conclus à long terme » ? Un employeur en effet engage un employé en vue de lui donner pendant longtemps du travail et non dans l'idée de le congédier rapidement. Nous pensons cependant qu'une telle présomption serait contraire à l'esprit de la loi : de plus l'article 335 c. o. étant un cas particulier, sinon une exception, s'il y avait une telle présomption en faveur de l'ouvrier, le législateur aurait changé l'ordonnance de la loi et dit au contraire que dans les contrats conclus à court terme, l'employé n'aurait pas droit à son salaire lors d'empêchements de travailler.

² Elle est utile pour déterminer l'importance du « temps relativement court » pendant lequel le salaire doit être payé.

³ « Si le contrat de travail fait pour une durée déterminée est tacitement prolongé de part et d'autre, il est réputé renouvelé pour le même temps, mais pour une année au plus ».

par exemple, qu'un empêchement survenant dans le treizième mois d'un contrat conclu pour un an et «renouvelé» ne soit pas un motif d'application de l'article 335 c. o.

La plupart des auteurs estiment qu'un contrat prévu pour un an est conclu à long terme¹. Nous sommes du même avis mais il faut tenir compte aussi de l'opinion de Katz quand il écrit : «les rapports de service (dans une certaine profession) peuvent être considérés comme longs au sens de l'article 335 s'ils dépassent la durée qui dans cette profession passe pour courte, compte tenu des circonstances particulières²».

En possession de ces données et en adoptant le point de vue de Katz, nous pouvons ainsi répondre à notre question : un contrat prévu pour un an au moins est conclu à long terme. De plus, dans des professions où habituellement les contrats sont conclus pour une courte durée, un contrat prévu pour un temps notablement plus long mais même inférieur à une année, peut être «conclu à long terme».

Quoique ce soit une vérité évidente, précisons encore que l'article 335 c. o. s'applique au contrat à durée indéterminée si celui-ci prévoit une durée minimale qui remplit les conditions exigées pour l'application de l'article 335 au contrat à durée déterminée³.

Sous-section 2. Contrat à durée indéterminée.

Un contrat à durée indéterminée dans lequel aucune durée minimale n'a été convenue peut-il tomber dans le domaine d'application de l'article 335 c. o. ? La réponse serait simple si nous connaissions dans chaque contrat l'intention commune des parties au moment de sa conclusion et non plus tard, au cours de son existence.

En effet, tout au long de cette existence, les liens unissant les

¹ Birchmeier, Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im schweizerischen Obligationenrecht, p. 98 ; Oser-Schönenberger, das Obligationenrecht, ad art. 335, note 13 ; Becker, Obligationenrecht, ad art. 335, note 3. Voir également RSJ 18, p. 226 No 109. Katz (p. 118) estime qu'un contrat prévu pour six mois est conclu à long terme.

² Ouvrage cité, p. 123. Cet auteur est de ceux qui estiment que l'article 335 s'applique aussi aux contrats qui, effectivement, durent depuis longtemps sans que cela ait été prévu.

³ Katz (p. 119) estime qu'une durée minimale de six mois (voire plus courte) suffit car c'est un indice que, passé ce délai, le contrat subsistera. C'est un indice et rien de plus ; à notre avis, cette notion de durée minimale est inutile car il ne serait jamais certain que le contrat aille au delà.

parties peuvent en fait se resserrer et se resserreront dans la plupart des cas, mais cela n'a qu'une importance secondaire car, au vu de l'article 335, la situation juridique n'aura pas changé. Si les parties désirent que ces liens se consolident en droit, il ne tient qu'à elles de modifier ou de renouveler le contrat premier de manière qu'il tombe, sans aucun doute possible, sous le coup de l'article 335 ; ce qui nous ramène au problème initial : connaître l'intention des parties lors de la conclusion du contrat de travail.

§ 1. Contrat avec long délai de résiliation.

Si la durée d'un contrat n'est pas prévue, mais son délai de résiliation déterminé, et si l'on tient compte de l'article 348 c. o. de droit dispositif qui veut que pour les contrats de plus d'un an le délai de congé soit de deux mois, on peut admettre inversement qu'un contrat dans lequel le délai de congé convenu est de deux mois, tombe sous le coup de l'article 335¹. Conclure un contrat avec un tel délai de résiliation marque pour les parties leur désir de se lier étroitement et de façon durable.

D'autre part, si appartenant à une branche commerciale ou industrielle dans laquelle les délais de congé sont habituellement courts, les parties concluent un contrat avec un délai de résiliation notablement plus long que le veut l'usage, il faut admettre que l'intention des parties était également de conclure un contrat à long terme.

En conclusion nous pouvons dire qu'un contrat de travail conclu avec un délai de congé de deux mois au moins est conclu à long terme. Est aussi réputé tel un contrat passé dans une profession où le délai de résiliation usuel est court, s'il est conclu avec un délai de congé notablement plus long². Un tel raisonnement et une pa-

¹ Même avis Schneberger, die Lohnzahlung während des Militärdienstes des Dienstpflichtigen, p. 50. Voir Zeerleder (Bern. Jur. Ver. 33, p. 181) cité par Schneider et Fick, Commentaire du code fédéral des obligations, ad art. 335 c. o.

Dans ce sens Becker, p. 372 et ss. : « s'il y a court délai le rapport de travail ne présente qu'un caractère éphémère et incertain ».

Birchmeier (p. 99) estime qu'un délai de 14 jours ou moins est court et, par suite, l'article 335 c. o. inapplicable à des contrats conclus avec un délai de congé si bref. Même avis Oser-Schönenberger, ad art. 335, note 4, chiffre 16.

² Becker (ad art. 335) estime qu'un contrat de moins d'un an avec un délai de résiliation d'un mois est « conclu à long terme ».

Schneberger (p. 38) admet que si le délai-congé est d'un mois ou plus l'article 335 c. o. est applicable.

reille conclusion sont autorisés car la durée prévue d'un contrat et son délai de congé sont dans un rapport étroit et montrent tous deux clairement les circonstances de la conclusion du contrat et l'intention des parties à cette époque.

§ 2. Contrat avec court délai ou sans délai de résiliation.

§§ 1. Contrat dont la durée effective est courte.

Ce contrat naturellement n'est pas soumis à la règle légale de l'article 335.

§§ 2. Contrat dont la durée effective est longue.

Nous en venons ainsi logiquement à parler du contrat de travail de durée indéterminée avec court délai de résiliation ou sans délai spécifié mais dont la durée effective est longue et à nous poser cette question capitale pour notre étude : « De tels contrats sont-ils conclus à long termes ? Juridiquement l'application de l'article 335 c. o. à ces contrats se justifie-t-elle ? » Ceci en admettant d'emblée qu'équitablement cette application aurait sa raison d'être.

Il y a à la base de ce problème quelques questions de principe auxquelles nous répondrons plus tard : le juge peut-il aller à l'encontre de la loi si celle-ci lui paraît mal faite ou désuète, quand le texte de cette loi est clair et ne devrait guère prêter à interprétation différente ?

En second lieu, des projets de loi qui n'ont pas été adoptés peuvent-ils servir, de bonne foi, à l'interprétation de la loi qui a été rédigée dans un sens totalement différent de ce qui avait d'abord été prévu ?

Certains auteurs et certains tribunaux, parce qu'ils estiment que l'article 335 c. o. est de droit social, se permettent d'interpréter extensivement cette disposition légale¹. D'autres, au con-

¹ Schneeberger, p. 44 et ss.

Katz, p. 118 et ss.

Lang (qui a changé d'avis dans cette deuxième édition de son ouvrage sans se justifier),

Commentaire du contrat de travail, p. 42.

Oser-Schönenberger, ad art. 335, ch. 17.

Cour d'Appel de Zurich, jugement du 4 mai 1948, RSJ 44, p. 257 et ss.

Voir également JDT 1948 III, p. 100 et ss.

traire, et certains avec véhémence, s'élèvent contre cette façon de procéder et estiment que l'on doit se tenir à la lettre de la loi même si les circonstances sociales et économiques ont évolué depuis sa promulgation¹.

Nous avons admis jusqu'à maintenant qu'étaient conclus à long terme certains contrats à durée déterminée et des contrats à durée indéterminée, mais avec certains délais de résiliation fixés par les parties².

Nous avons également rappelé qu'un contrat de durée indéterminée sans long délai de résiliation et de courte durée effective n'entre en aucun cas dans le champ d'application de l'article 335 c. o.³. Mais quelle est l'influence sur les autres contrats⁴ de leur durée effective au moment de l'empêchement de travailler de l'employé ? Le centre du problème est l'interprétation de l'expression «conclu à long terme» car il faut savoir en définitive si un contrat de longue durée effective est un «contrat conclu à long terme».

A. Interprétation grammaticale et logique de la loi.

Que signifie l'expression «conclu à long terme», dont la traduction allemande est «auf längere Dauer abgeschlossen» et ne peut donner lieu à une interprétation différente de celle du texte français ? Cette expression est le synonyme des mots «conclu pour une longue durée», traduction plus fidèle encore de la rédaction allemande dont nous devons tenir compte. Le texte italien dit : «quando il contratto di lavoro sia di una certa durata» mais nous ne pouvons le retenir que comme une traduction malheureuse et erronée du texte allemand⁵. Nous avons déjà donné notre opinion sur le sens des seuls mots «longue durée», nous n'y revenons pas.

¹ Becker, ad art. 335 c. o.

Lang, Der Dienstvertrag des schweizerischen Obligationenrecht (1ère édition), ad art. 335.

Sulzer, RSJ 19, p. 116.

Rossel, RSJ. 19, p. 240.

Saas, RSJ 19, p. 179 et ss, 240

Christen, Lohnzahlungspflicht im Krankheitsfalle, et RSJ 44, p. 366.

Cour d'Appel de Berne, jugement du 16 mars 1948 ; RSJ 44, p. 257 et ss.

² Voir ci-dessus sous-sections 1 et 2, § 1.

³ Voir ci-dessus sous-section 2, § 2, §§ 1.

⁴ Ceux qui ont duré plus d'un an sans avoir été prévus pour longtemps et qui n'ont pas un délai de résiliation de plus de deux mois.

⁵ Voir Tuor, le code civil suisse, p. 31 : «on ne peut dans la plupart des cas, refuser au texte allemand la priorité sur les textes français et italien... il semble en particulier que la version italienne, d'abord établie sur la base des projets, n'ait pas été, sur de nombreux points, adaptée au texte définitif».

«Conclu pour une longue durée» signifie que l'intention des parties est, au moment de sa conclusion, de voir leur contrat s'étendre sur une grande période¹.

Si le législateur avait voulu que la durée effective du contrat soit également prise en considération, il aurait eu tout loisir de s'exprimer autrement, comme il l'a fait dans le texte des projets en écrivant : «La durée doit être appréciée... d'après le temps pendant lequel l'employé a servi chez l'employeur²» ; ou encore dans le texte définitif à l'article 348 al. 1 c. o. en disant : «si le contrat de travail a duré plus d'un an...»

Or, le législateur n'a usé d'aucune de ces circonlocutions mais a employé, le sachant et le voulant, les termes que nous connaissons ; il ne désirait donc pas que la seule durée effective d'un contrat de travail soit prise en considération lors d'un empêchement de travailler subi par un employé, pour le paiement de son salaire.

B. Interprétation historique.

Nous avons déjà fait l'historique de l'élaboration de l'article 335 c. o.³, mais pour interpréter les termes délicats qui, pour beaucoup, prêtent à discussion, nous nous en rapportons à nouveau aux travaux préparatoires bien qu'ils ne «constituent qu'un moyen auxiliaire pour dégager le sens véritable de la loi⁴» et que «celle-ci se sépare de la volonté du législateur dès sa promulgation et ne donne force légale qu'aux idées exprimées dans le texte⁵».

A la lumière de la jurisprudence fédérale nous soulignons que l'expression «contrat conclu à long terme» étant claire, nous n'aurions même pas à examiner quelle a été l'idée du législateur et surtout pas quelles avaient été ses différentes intentions au cours des débats parlementaires. Nous nous livrerons cependant à cet

¹ Schneeberger (p. 43) confirme ce point de vue en écrivant : «la lettre de l'article 335 considéré impartialement parle en faveur de l'interprétation restrictive. Le contrat décrit à l'article 335 c. o. est conclu dès le début pour une longue durée».

² Article 1381, al. 2 du projet de 1905.

³ Voir ci-dessus chapitre I.

⁴ ATF 56 II, p. 66 ; JDT 1930 I, p. 465. Cet arrêt dit aussi textuellement : «les dispositions dont le sens est clair ne peuvent être soumises à un nouvel examen».

⁵ Schwartz (p. 59) est du même avis lorsqu'il écrit : «la lettre de la loi est beaucoup plus déterminante», et ceci en la comparant au point de vue d'un député et à l'opinion d'un autre exprimés lors des débats parlementaires. «Le juge, souligne-t-il plus loin, doit se tenir à la loi et non à n'importe quelle intention du législateur qui ne se trouve par clairement exprimée dans le texte».

examen pour supprimer toute équivoque et en concédant qu'il est d'une utilité certaine de procéder à une telle étude, car, comme l'expose le Tribunal Fédéral¹, «... les matériaux législatifs ne doivent pas être forcément laissés de côté. Si le sens de la loi ne s'y trouve pas nécessairement, il peut y être déjà exprimé. Il faut seulement examiner si le sens déduit des travaux législatifs se concilie avec la lettre et l'esprit du texte légal et ne déborde pas de ce cadre».

La règle légale actuelle est semblable à celle de l'article 341 anc. c. o.² ; lorsque cette dernière était en vigueur, son interprétation n'était pas extensive³, comme elle l'est devenue aujourd'hui par le fait d'une partie de la jurisprudence et de la doctrine. Les différents projets voulaient que la longueur du contrat au moment de la suspension unilatérale de son exécution soit prise en considération ; l'article 1381, alinéa 2 du projet de 1905 s'exprimait ainsi : «la durée doit être appréciée... d'après le temps pendant lequel l'employé a servi chez l'employeur» et le projet de 1909 était rédigé dans le même sens mais fut modifié : «lors d'un contrat... qui a duré plus d'une année».

L'intention du législateur était évidente, indiscutable. Il désirait accorder le bénéfice de la disposition légale à tous les employés dont le contrat avait duré au moins un temps déterminé. La portée de l'ancien article 341 était ainsi notablement étendue. Des cercles beaucoup plus vastes de travailleurs auraient été protégés puisque le critère de la protection n'aurait plus été la durée pour laquelle le contrat avait été primitivement conclu, mais bien sa durée effective.

Or, précisément, cette nouvelle façon de voir, cette innovation dans notre législation du travail a provoqué une levée de boucliers de la part de l'industrie, du commerce et de l'artisanat. L'opposition, nous l'avons déjà vu⁴, fut si vive que les Chambres Fédérales durent baisser pavillon et renoncer à leur projet. Elles en

¹ ATF 65 I, p. 43 : JDT 1939, p. 301.

² Voir ci-dessus chapitre I, section 1.

³ Bull. stén. Cons. Nat., p. 346 et ss. Huber précisa que selon l'interprétation dominante à l'époque, l'article 341 ne s'appliquait pas aux contrats à court terme qui, effectivement, étaient de longue durée.

⁴ Ci-dessus chapitre I, section 2, litt. C.

restèrent à la réglementation en vigueur en toute connaissance de cause et en pensant agir au mieux. Elles eurent pleine conscience de l'augmentation des charges qu'aurait créée la législation projetée et du fait que, dans la petite entreprise, les risques ne peuvent être entièrement supportés par l'employeur seul, mais qu'au contraire il faut les répartir dans une juste proportion entre l'employeur et l'employé.

On promet qu'une revision «in melius» aurait lieu après l'acceptation de la LAMA mais aujourd'hui encore cette revision n'a pas eu lieu. Est-ce une raison pour se permettre d'interpréter librement l'article 335 c. o. alors, encore une fois, que cette règle est le pendant de l'article 341 anc. c. o. qui n'était pas applicable aux ouvriers dont le contrat n'avait pas été prévu pour une longue durée ?

Le législateur a renoncé à une amélioration en faveur de la classe ouvrière. Il a écrit dans la loi tout ce qu'il a voulu écrire. Le juge n'a aucune lacune à combler (l'article 1 c. c. s. n'a donc pas ici son application). Il n'a pas à prendre des décisions auxquelles les Chambres ont renoncé en ayant mûrement pesé le pour et le contre et à introduire dans la loi ce que le législateur n'a pas voulu y mettre.

Pour répondre à nos questions du début de ce sous-paragraphe, selon nous l'article 335 c. o. est un texte de loi clair qui exprime correctement la pensée du législateur. Il fixe des limites dans lesquelles le juge doit se tenir. Si ce juge va à l'encontre de la loi en assimilant «longue durée effective d'un contrat» à «contrat conclu à long terme», le sens qu'il tire des travaux préparatoires déborde du cadre de la lettre et de l'esprit du texte légal¹.

Peu importe que ce juge agisse par esprit d'équité ou parce que l'article 335 c. o. est une mesure de droit social, il interprète extensivement et, par là, à faux la loi et crée le droit alors qu'ici il n'a pas à faire œuvre de législateur. Si une revision est néces-

¹ Selon les termes même du Tribunal Fédéral (ATF 65 I, p. 43). Le Tribunal cantonal vaudois (RSJ 46, p. 159) estime, lui, que «le juge ne sort pas du cadre de ses attributions quand, pour rendre une justice en harmonie avec son temps, il applique la loi selon la ratio profonde de ses dispositions, en dépit peut-être d'un texte trop restrictif ou déficient». Mais cette ratio profonde ne veut-elle précisément pas que l'article 335 c. o. soit interprété restrictivement comme nous avons tenté de le démontrer ?

saire, c'est le rôle des Chambres de l'entreprendre, surtout dans un pays où la séparation des pouvoirs est encore nettement établie¹.

L'étude des projets de loi est, nous le voyons, d'une grande utilité et confond ceux qui désirent voir dans l'article 335 c. o. ce qui ne s'y trouve pas.

C. Interprétation extensive d'une partie de la jurisprudence et de la doctrine.

Comment la jurisprudence et la doctrine arrivent-elles à une interprétation extensive et très discutable de l'article 335 ?

Katz, dans sa thèse², estime que cette disposition est de droit social, qu'elle est faite pour protéger l'ouvrier et permet donc une interprétation extensive³. Il prend un exemple (que nous poussons à l'extrême) pour montrer que l'équité exige une interprétation extensive de l'article 335 : un ouvrier ayant conclu un contrat pour deux ans tombe malade au cours du premier mois de son activité. Pourquoi aurait-il droit à une protection alors qu'un ouvrier au service du même patron depuis cinq ans, mais qui ne bénéficie pas d'un contrat prévu pour longtemps n'est pas protégé ? Nous comprenons l'amertume de Katz et les raisons qu'il invoque pour étendre le champ d'application de l'article 335, mais nous ne pouvons les faire nôtres car elles ne sont que d'équité, mais pas juridiques.

Oser-Schönenberger pense simplement qu'il serait inexplicable que la jurisprudence ait assimilé «longue durée effective» (quand elle dépasse un an) à «longue durée prévue» si on ne se basait que sur les circonstances et la tendance du contrat au moment de sa conclusion ! Il cite ceux qui sont d'un avis, ceux qui sont de l'autre et une nombreuse jurisprudence, mais à aucun instant ne cherche à prouver sa conviction par un raisonnement juridique.

Schneeberger⁴ estime que l'on peut interpréter extensivement l'article 335 c. o. car c'était l'intention du législateur lors des débats. Il se base ainsi sur les travaux préparatoires, mais nous avons vu

¹ Dans le même sens Saas, RSJ 19, p. 181.

² Ouvrage cité, p. 22 et ss. et p. 96 et ss.

³ Dans le même sens : Birchmeier, p. 97 ; Canner, Die Gerichtspraxis, p. 46.

⁴ Ouvrage cité, p. 44 et ss.

qu'il ne fallait pas leur accorder une importance exagérée, surtout en l'espèce. Nous avons d'ailleurs même exprimé l'avis qu'ils parlaient en faveur d'une interprétation restrictive du texte légal. Schneeberger admet que l'interprétation est laissée à la jurisprudence, mais son idée à nouveau nous paraît erronée car l'article 335 est assez clair pour ne pas donner lieu à une interprétation libre. Birchmeier est du même avis que l'auteur précédent pour des raisons identiques.

Si, d'autre part, nous examinons la jurisprudence qui assimile «durée effective» à «durée prévue», nous constatons qu'elle n'essaie d'arriver à ce résultat que par seul souci d'équité et par besoin de justice sociale. Mais juridiquement ses différents raisonnements sont hasardeux.

Le Tribunal Fédéral des Assurances¹ a été à l'avant-garde de cette interprétation extensive de l'article 335 en faveur des ouvriers², mais a été à juste titre très critiqué, en particulier par Sulzer et Saas³. Nous ne rapporterons pas ici toutes les considérations de Saas, mais nous signalons cependant que d'après lui, le TFA s'est basé sur l'opinion de Rossel tout à fait à tort, sur celle de Oser qui a lui-même fait une fausse interprétation et sur celle de Fick inspirée par des décisions contradictoires datant de 1898⁴.

Plus récemment, le Tribunal d'appel du canton de Zurich⁵ a fait sienne cette opinion du T. F. A. mais n'a rendu son jugement, le fait est à souligner, que par trois voix contre deux. Cette interprétation extensive, dit le tribunal, est aujourd'hui prédominante ; il admet cependant que ceux qui ne veulent appliquer l'article 335 c. o. qu'aux contrats conclus à long terme se réfèrent pleinement au texte. Le juge allègue que des rapports de travail qui existent depuis longtemps se consolident, acquièrent une certaine stabilité, que la volonté des cocontractants est de continuer les

¹ Arrêt Frigerio du 16 mars 1922 (RSJ 19, p. 286) à propos duquel Fleiner (Schweizerisches Bundesstaatrecht, p. 557 note 26) dit que le T. F. A. a faussement appliqué l'article 335 c. o.

² Certains auteurs basent leur point de vue sur cette interprétation erronée du T. F. A. ; voir p. ex. Birchmeier (p. 98) qui estime aussi que le législateur a abandonné au juge l'interprétation de l'article 335 c. o.

³ RSJ 19, p. 116, p. 179 et ss. et p. 240.

⁴ Schneider et Fick, ad art. 335, note 15.

⁵ Dans un jugement du 4 mai 1948 (RSJ 44, p. 259 et ss.). La Cour d'Appel du canton de Berne au contraire dans son jugement du 16 mars 1948 n'a pas admis ce point de vue et a interprété restrictivement l'article 335 c. o. (RSJ 44, p. 257).

rapports et que l'on peut considérer que, par cette volonté non exprimée, les parties ont désiré un contrat conclu pour une longue durée. Nous ne ferons que nous répéter en disant que ce raisonnement ne se tient juridiquement pas, car les liens ne se sont resserrés qu'en fait et il faut considérer la volonté des parties au début du contrat et non quand il déploie ses effets depuis longtemps : si la volonté des parties a changé, celles-ci n'ont plus qu'à conclure un nouveau contrat en tenant compte de ce fait important. D'autre part, le tribunal zurichois fait le même raisonnement que Katz quand il parle d'une possibilité de différence de traitement entre deux employés ayant eu avec leur employeur des rapports de service de durée semblable, point de vue que nous avons déjà examiné.

En dernier lieu, le juge zurichois dit ceci : «si les matériaux législatifs ne parlent pas en faveur de l'inclusion (dans le champ d'application de l'article 335) de rapports de service de longue durée effective, ils n'en motivent par contre pas l'exclusion», et plus loin : «si elles (les chambres) ont négligé sciemment, après l'acceptation de la LAMA, l'extension de la teneur de l'article 335 c. o. qu'elles avaient prévue et proposée, elles abandonnent l'interprétation de cette disposition à la jurisprudence». La loi est assez claire pour exclure du champ d'application de l'article 335 c. o. les contrats de longue durée effective et ce n'est pas parce que, à la lumière des travaux préparatoires, on ne peut justifier une «inclusion des rapports de service de longue durée» qu'il faut justement les y inclure. D'autant plus que si on pousse ce raisonnement à l'extrême, on pourra prétendre que tous les contrats de travail tombent sous le coup de notre disposition légale, ce qui montre la gratuité de la déduction du tribunal zurichois. Quant à la dernière affirmation, elle ne fait que confirmer notre opinion, à savoir que l'interprétation de la loi incombe à la jurisprudence, mais dans les limites posées par cette loi elle-même. Ce jugement qui prête à critique a été formulé par souci d'équité, car si le tribunal zurichois avait été absolument persuadé de la justesse de son argumentation, il aurait accordé à un employé qui a été pendant plus de dix-sept ans au service du même employeur une somme

plus importante que le salaire d'un seul mois, comme il l'a fait¹.

Dans un récent arrêt², le Tribunal cantonal vaudois assimile lui aussi au contrat conclu à long terme un contrat de longue durée effective puisque, dit-il, «un contrat conclu pour une durée indéterminée peut être considéré comme conclu à long terme lorsqu'en fait il a duré un certain temps, et particulièrement lorsqu'il a duré plus d'une année». Le juge vaudois ne défend pas juridiquement son point de vue et ne fait que citer la doctrine ; aucun raisonnement n'appuie sa thèse.

Il est très regrettable, en conclusion, que la jurisprudence en cette matière interprète avec autant de liberté la loi alors que, depuis sa promulgation, les idées sociales ont évolué certes, mais que les problèmes qui se posent pour les employeurs et les assurances sont approximativement les mêmes qu'en 1911. En effet, selon Christen³, même les employeurs aux idées sociales très avancées envisagent avec appréhension une modification de la loi en faveur des travailleurs dans le sens d'une application plus étendue de l'article 335.

Section 2. Empêchement de travailler de l'employé sans que ce soit de sa faute.

Nous avons vu en détail la première condition d'application de l'article 335 c. o. Examinons maintenant, cette condition remplie, quelles sont les causes qui donnent naissance, pour l'employé, à une prétention de salaire pendant un temps relativement court. Nous nous y attarderons cependant moins car l'interprétation de la loi est presque uniforme et la doctrine s'est déjà étendue sur ces différents points⁴. Ces causes analogues à la maladie et au service militaire ainsi que la maladie et le service eux-mêmes n'entrent en ligne de compte qu'en l'absence d'une faute imputable au salarié qui fait valoir sa prétention.

¹ Si l'échelle établie par les tribunaux de prud'hommes bernois en 1926 avait été appliquée, l'ouvrier aurait obtenu le paiement de cinq mois de salaire.

² JDT 1948 III, p. 100 et ss. Cette jurisprudence est confirmée par un nouvel arrêt du même tribunal (RSJ 46, p. 158).

³ RSJ 44, p. 366.

⁴ Principalement Katz dans sa thèse.

Sous-section 1. Empêchement de travailler.

Précisons d'emblée que les termes « ou pour telle autre cause analogue » de l'article 335 c. o. se rapportent aussi bien à la maladie qu'au service militaire. Les causes sont analogues en ce sens qu'elles atteignent personnellement l'intéressé et ce, indépendamment de sa volonté. Les causes pouvant donner lieu à l'application de la loi, dans les limites énoncées, sont celles qui, considérées objectivement et raisonnablement, empêchent l'employé d'exécuter les prestations auxquelles il est tenu par son contrat de travail. On est en droit d'admettre ainsi qu'un employé peut suspendre son activité dès l'apparition des symptômes caractéristiques d'une maladie et non pas seulement quand il sera à bout de forces. Un employé astreint au service militaire pourrait, s'il ne donnait suite à son ordre de marche, travailler encore un certain temps, mais en réalité il est en droit de se considérer empêché de travailler dès l'instant où, raisonnablement, il a besoin de se préparer à partir et de faire le voyage vers son lieu de mobilisation. En ce qui concerne les causes analogues, la façon de comprendre la loi est identique.

§ 1. La maladie et les causes analogues.

La maladie au sens de l'article 335 c. o. comprend aussi bien la maladie que l'accident¹. On peut y assimiler en outre la grossesse², la maternité et leurs conséquences habituelles ou possibles. La mort d'un employé n'entraîne pas à notre avis le paiement d'un salaire à ses survivants³ car sa disparition rompt son contrat de travail. Il serait équitable que ses héritiers soient dédommagés dans une certaine mesure mais la loi malheureusement est muette sur ce point.

Ces différents événements, lorsqu'ils atteignent un proche parent de l'employé, peuvent tous donner lieu à l'application de l'article 335. Leurs effets ne seront pas les mêmes que si l'employé

¹ La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à l'admettre; voir RSJ 43, p. 40, No 2.

² Nous verrons dans la sous-section suivante si une grossesse hors mariage permet l'application de l'article 335 c. o.

³ Selon Oser-Schönenberger (ad art. 335, 2, litt. a), la maladie et l'accident donnent lieu à l'application de l'article 335 c. o. même si ceux-ci entraînent la mort ou une invalidité durable. Cette opinion sommairement exprimée est judicieuse mais n'envisage malheureusement pas le cas dans lequel la mort suit de près l'accident ou le début de la maladie.

était personnellement touché mais il faut admettre que lors d'une maladie grave de sa femme par exemple, d'un deuil ou d'une naissance, l'employé a des obligations matérielles et des devoirs moraux. Il faut donc lui laisser le temps de les accomplir sans que son revenu en soit diminué.

Il convient de distinguer ici la maladie de l'accident. Si un ouvrier tombe malade, il peut, les diverses conditions légales étant remplies, jouir de la protection de l'article 335 et recevoir un salaire de son employeur. Si, au contraire, il est victime d'un accident, il n'a, suivant les circonstances,¹ aucune prétention contre l'employeur mais est dédommagé directement par l'assurance. Selon Charmont², l'accident a toujours une cause extérieure qui se manifeste d'une façon soudaine et violente ; la maladie au contraire a un caractère progressif, elle suppose une action lente et elle a souvent une cause intérieure³.

La maladie et les causes d'empêchement qui lui sont analogues peuvent être pour l'employé seulement des prétextes pour ne pas effectuer ses prestations. Il s'agit donc de faire preuve, dans ce domaine, de beaucoup de circonspection. Il est souvent indiqué par exemple d'exiger de l'employé malade, même pendant très peu de temps, un certificat médical. On peut aussi tenir un contrôle exact des absences du salarié. Ces précautions et d'autres éviteront dans bien des cas des abus. Il serait en effet facile de tirer profit d'une incapacité de travail due à une maladie et il n'est pas rare par exemple de voir une personne assurée reprendre immédiatement son travail quand on veut lui faire subir un examen médical⁴.

Un employeur résiliant son contrat avec un de ses employés à cause d'une maladie ou d'un accident de ce dernier⁵, n'est pas

¹ Voir article 130 LAMA, ci-dessous chapitre III, section 1.

² Recueil Sirey 1913, 2, p. 257 (nouveau répertoire Dalloz I, p. 22).

³ Pour Lauber cité par Canner (die Gerichtspraxis, p. 49), l'accident est un dommage corporel que subit involontairement l'intéressé ensuite d'un événement plus ou moins habituel, soudain, extérieur et violent.

L'accident, selon la définition du Tribunal Fédéral, est un événement soudain, inattendu, un choc produit par une force extérieure, soudaine, physique, indépendante de la volonté. ATF 32 II, p. 289.

⁴ Voir Christen, p. 12.

⁵ Selon Schwartz (Einführung in die Praxis des Dienstvertragsrechts, p. 60), une telle résiliation est un abus de droit au sens de l'article 2 c. c. si l'employeur ne peut prouver qu'il aurait résilié le contrat à la même date même s'il n'y avait eu pour l'employé aucun empêchement de travailler.

entièrement libéré du paiement du salaire pendant le temps relativement court : il doit remplir son obligation pendant la durée du délai de résiliation¹. Ceci en application de l'article 352 alinéa 3 c. o. qui dit précisément que la maladie (comme le service militaire d'ailleurs) n'est pas un « juste motif » de résiliation immédiate². Une seule exception à ce principe nous paraît admissible : lorsqu'un employé, lors de la conclusion du contrat de travail, se sait malade mais le cache à l'employeur, ce dernier est autorisé, en vertu des règles de la bonne foi (et aussi en vertu de celles concernant l'erreur et le dol) à se départir immédiatement de son contrat comme l'admet l'article 352 al. 2 c. o.³. Il aurait à notre avis les mêmes droits envers un employé atteint d'une maladie contagieuse durable mettant en danger ses camarades de travail. Il serait équitable dans ce dernier cas d'appliquer exceptionnellement l'article 335 c. o. et, malgré la résiliation immédiate de son contrat, de lui verser son salaire encore pendant un certain temps.

§ 2. Le service militaire et les causes analogues.

L'article 335 c. o., dans les cas d'empêchements de travailler dus au service militaire, a moins d'importance qu'avant la deuxième guerre mondiale mais peut retrouver toute sa raison d'être. Le Conseil Fédéral ayant obtenu des pleins pouvoirs le 30 août 1939, a pris différentes décisions pour protéger les citoyens mobilisés. C'est ainsi que s'est développée toute une législation sociale qui, en 1951, est toujours en vigueur et le demeurera probablement encore un certain temps.

Nous examinerons la notion de service militaire qui a son importance en cette matière aussi bien que dans les cas d'application de l'article 335 c. o. ; ensuite, nous exposerons les nouveaux

¹ Il est clair aussi que si la maladie ou l'accident a lieu avant la fin du contrat, mais après que l'échéance de celui-ci a été fixée, le salaire n'est plus dû après la cessation des rapports contractuels.

² L'employeur, s'il est fabricant au sens de la LTF, pendant les quatre premières semaines d'absence d'un ouvrier empêché de travailler sans sa faute, ne peut résilier son contrat ; voir LTF, article 23a, ci-dessous section 5.

³ Dans ce sens Schneider et Fick, ad art. 335, note 75.

principes à la base de la protection des travailleurs, terme qui comprend ici les personnes de condition dépendante et celles exerçant une profession indépendante.

Qu'est-ce que le «service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale»? C'est naturellement le service accompli pour le compte de la Confédération. Il faut de plus qu'il soit obligatoire. Aux termes de l'article 8 de la loi sur l'organisation militaire de 1907, le service personnel comprend le service d'instruction et le service actif. Ce dernier est d'un intérêt immédiat; son but est de protéger le pays contre toute menace extérieure ou danger d'ordre interne. Le but du service d'instruction est d'entraîner l'armée et de la préparer à pouvoir entrer rapidement en action. Il comprend à notre avis les cours de répétition, les cours tactiques, techniques, d'état-major général et caetera, enfin et surtout, les écoles accomplies pour l'obtention d'un grade¹, car selon l'article 10 O. M. «tout militaire peut être tenu d'accepter un grade et d'accomplir les services que ce grade comporte». Certains prétendent que l'on peut refuser de faire de tels services et que, par suite, ils ne sont pas obligatoires, mais ce point de vue est discutable: il ne dépend pas seulement des désirs de l'intéressé qu'il obtienne un grade, mais encore, et surtout, de ses capacités et des besoins de l'armée, par suite, du pays².

Nous estimons que des services de courte durée, tels par exemple la participation à un défilé, l'inspection d'habillement et d'armes³ et l'obligation de témoigner devant des tribunaux militaires, tombent sous le coup de la loi. Il faut exclure du domaine d'application de l'article 335, comme d'ailleurs de la législation en matière d'allocations pour perte de salaire et de gain, les services de punition⁴ et les cours de tirs pour retardataires⁵, quand ils sont la conséquence d'une faute de l'intéressé.

¹ Dans le même sens: Birchmeier, p. 101.

² Même avis Schneider et Fick, ad art. 335, note 57. Dans son interprétation de l'article 10 O. M., le département militaire fédéral considère comme obligatoire une école d'aspirants («Jahresbericht», Berne 1923, p. 23 cité par Schweingruber, ZBJV 68, p. 253, note 3).

Même avis: Schwartz, p. 56.

⁴ Même avis: Reinert, p. 44.

⁵ Voir la loi sur l'organisation militaire, article 124.

§§ 1. Le régime des allocations pour perte de salaire et de gain en vigueur depuis 1939.

Avant la mobilisation générale de 1939, les travailleurs astreints au service militaire jouissaient de la protection de différents textes légaux. L'article 23 lettre b de la loi sur le travail dans les fabriques de 1914 empêche le fabricant de résilier le contrat de travail «pour cause de service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale» et ajoute «qu'à l'égard de l'ouvrier appelé à un tel service, le délai de congé est suspendu pendant la durée du service». Ce texte complète celui de l'article 352 al. 3 c. o. qui n'admet pas qu'un service militaire obligatoire soit un motif de résiliation sans avertissement. Les ouvriers de fabrique étaient donc dans une certaine mesure mieux protégés que les autres employés car ceux-ci pouvaient être congédiés à cause d'un service militaire à condition que le délai de résiliation soit observé. D'autre part, l'article 335 c. o. était applicable à bien des travailleurs et, souvent quand il ne l'était pas, les employeurs faisaient un effort pour payer cependant leur salaire aux employés appelés sous les drapeaux. Enfin l'article 22 de la loi sur l'organisation militaire de 1907 et les ordonnances prises par le Conseil Fédéral en 1910 et le 9 janvier 1931 prévoyaient des secours pour les familles des militaires qui seraient dans le besoin à cause de l'absence du chef de famille appelé au service du pays. Les inconvénients de ces dernières mesures étaient nombreux : les personnes dans le besoin devaient prouver leur situation précaire ; l'allocation de subsides était le fait des services communaux de l'assistance et leur montant variait beaucoup d'une localité à une autre. Les personnes habituées à quémander ne se faisaient aucun scrupule de se faire aider, alors que d'autres plus malheureuses avaient honte de devoir prouver leur misère pour pouvoir être secourues.

On a voulu améliorer la situation du salarié et des siens déjà avant la guerre de 1939 à 1945 mais la loi fédérale sur la protection économique des militaires dont le projet était prêt le 6 juillet 1939 n'a pas vu le jour parce qu'elle était conçue pour le temps de paix.

La mobilisation générale ayant été décrétée, le Conseil Fédéral comprit que l'article 335 ne serait pas suffisant pour protéger tous les salariés surtout pendant de longues périodes d'absence. Il voulut venir en aide également aux personnes de condition indépendante. Après avoir consulté les cantons, les employeurs et les employés, le Conseil Fédéral prit en décembre 1939 et en juin 1940 deux arrêtés réglant le paiement d'allocations, l'un pour perte de salaire, l'autre pour perte de gain. En mars 1945 enfin furent créées les allocations pour étudiants. Ces trois actes législatifs sont la base d'une institution sociale intéressante et par son fonctionnement et par son succès. On peut dire que c'est en grande partie grâce à elle qu'après la dernière guerre, les milieux ouvriers ne manifestèrent pas autant de mécontentement que lors de la fin de la première guerre mondiale¹.

Le système des allocations pour perte de salaire et de gain ne repose pas sur le principe de l'assurance mais sur celui de la solidarité puisque les bénéficiaires ne sont qu'une partie des personnes (celles-ci étaient toutes celles exerçant en Suisse une activité professionnelle) qui participent au financement des caisses de compensation.

Actuellement, il n'y a plus de contribution des employeurs et des employés car le fonds des caisses de compensation est assez important pour permettre la survivance du régime des allocations au moins jusqu'à la fin de l'année 1951 (on avait envisagé lors de la création de l'assurance-vieillesse de faire verser aux employeurs, en plus de leur cotisation à celle-ci, 0,5% des salaires mais ce projet n'a pas eu de suite).

Tous les employeurs et les employés liés par un « engagement » sont assujettis au régime des allocations pour perte de salaire : les étrangers comme les Suisses, les femmes aussi bien que les hommes et les personnes qui font du service comme celles qui n'en font pas. La notion de l'engagement est plus large que celle du contrat de travail, car deux parties sont engagées quand il y a entre

¹ Voir Attinger, les caisses de compensation militaire, p. 127 : « le souvenir des troubles engendrés par la guerre 1914-1918 était présent à tous les esprits... on a donc essayé de parer aux répercussions sociales de l'économie de guerre ».

elles un lien de subordination et que l'une exerce une activité pour laquelle elle est rétribuée par l'autre.

Nous n'étudierons pas ici l'organisation technique des caisses d'exécution mais nous signalons simplement que «le soutien des militaires» est l'administration chargée de l'application du régime des allocations et dépend de l'office fédéral des assurances sociales.

Lorsque l'employeur et l'employé participaient au financement du système des allocations, ils versaient chacun 2 % du salaire du travailleur et l'Etat une somme équivalant à 4 % du même salaire, les deux tiers de la part de l'Etat étant à la charge de la Confédération et le tiers à celle du Canton. Ces différentes contributions se justifiaient ; celles des parties aux contrats de travail parce qu'il était naturel que tous les travailleurs¹ soutiennent les personnes mobilisées et celles de l'Etat parce que ses charges résultant de l'assistance publique, des secours de chômage et des secours militaires avaient fortement diminué.

Le principe de solidarité dont nous parlions plus haut est ainsi expliqué et l'on comprend que pendant la guerre, il a poussé ceux de l'arrière (si l'on nous permet de nous exprimer ainsi) à venir en aide au soldat accomplissant son devoir militaire au détriment de sa vie civile mais partiellement dédommagé parce qu'il était ainsi libéré d'une grande partie de ses soucis financiers.

Tous les soldats bénéficient de la protection du régime des allocations. Ils n'ont plus, eux ou leur famille, à faire la preuve du besoin dans lequel ils se trouveraient. Ils n'ont plus actuellement, comme nous l'avons vu, aucune contribution à verser aux caisses de compensation. Tous ceux qui sont liés par un engagement au moment de leur entrée en service ont droit aux allocations² ; celles-ci sont calculées sur la base du salaire journalier moyen du militaire et leur importance varie selon que celui-ci est marié ou non, a des enfants ou n'en a pas, a ou n'a pas d'autres charges de famille et qu'enfin il habite une région rurale, mi-urbaine ou urbaine. Elles

¹ Ceux de condition indépendante aussi bien que les autres.

² Les étudiants ont droit à une allocation d'un montant uniforme qui s'élève à 1,60 franc par jour.

peuvent atteindre dix-neuf francs par jour, mais ne peuvent dépasser 90 % du salaire du bénéficiaire. Dans des cas exceptionnels, il peut être alloué des subsides supplémentaires¹.

Le régime des allocations pour perte de gain nous intéresse moins, mais, en bref, il s'applique à toute personne exerçant en Suisse une activité indépendante. Les contributions ont été également supprimées. Les allocations sont déterminées, de façon générale, selon les principes s'appliquant à celles versées en cas de perte de salaire.

Le régime des allocations pour perte de salaire et de gain a donc joué un rôle important pendant la guerre et aujourd'hui il est encore en vigueur. Comme l'écrit Attinger² «cette institution a été une étape importante dans l'évolution de la mentalité sociale dans notre pays... employeurs et salariés se rendent de plus en plus compte qu'ils constituent un tout et non deux classes ennemies».

§§ 2. L'article 335 c. o.

Cette disposition prévoit, nous le savons, le paiement de tout son salaire au travailleur pendant qu'il est mobilisé. Dans cette hypothèse, l'article 335, à cause de l'existence du régime des allocations pour perte de salaire, n'a actuellement plus d'application ; mais il aura à nouveau toute son importance lors de la suppression de ce régime³. Il est donc utile de savoir si l'article 335 est très équitable et si l'employeur pourra parfois se libérer partiellement de son obligation.

Une personne qui ne fait pas de service paie une taxe militaire. Est-il logique qu'une autre astreinte au service ne paie aucune taxe et par ailleurs reçoive pendant toute son absence et son salaire et sa solde⁴? Une solution plus équitable serait que l'intéressé ne reçoive pas son salaire complet parce qu'une partie de son

¹ La règle est que l'employeur, quand le salarié est soumis au régime des allocations, ne lui doit pas la différence entre son salaire habituel et les prestations qui lui sont versées. Un arrangement différent mais en faveur de l'employé peut cependant être conclu entre parties. Voir dans ce sens ZBJV 43, No 241 d.

² Ouvrage cité, p. 131.

³ Cette suppression, nous l'avons vu (ci-dessus paragraphe 1), est prévue pour la fin de l'année 1951. Il est cependant des plus souhaitables qu'elle soit retardée.

⁴ Cela est logique au moins lorsque le salarié n'est payé que pendant une partie de la période militaire.

entretien est assurée par la Confédération. Le régime actuel accorde au travailleur jusqu'à 90 % de son salaire, mais cette proportion nous paraît encore excessive.

L'employé mobilisé, quand il est protégé par l'article 335, a donc une situation économique meilleure que quand il travaille ; l'employeur peut-il, pour autant, déduire du salaire qu'il paie à son employé absent la solde que ce dernier touche d'autre part¹ ? On pourrait équitablement l'admettre lorsqu'il s'agit d'une solde importante, mais l'article 335 c. o. ne le prévoit pas. Aussi répondrons-nous par la négative, d'autant plus que rares sont les personnes mobilisées qui peuvent faire des économies pendant une période de service militaire.

Il est possible que l'article 335, ou la disposition qui le remplacera, ait à nouveau dans un proche avenir toute son importance dans ce domaine. Actuellement, il n'est applicable que lorsque l'empêchement de travailler est dû à des causes analogues au service. Ces causes analogues sont, entre autres, l'obligation de témoigner en justice, de fonctionner comme juré, comme pompier, comme membre d'un bureau électoral ou de dépouillement ; en un mot, le fait de remplir ses devoirs de citoyen pendant le temps habituellement consacré à l'exécution du contrat de travail.

§ 3. Autres causes d'empêchement de l'article 335.

Certaines causes sont analogues à la maladie et d'autres au service militaire. Mais l'article 335 peut aussi, par analogie, s'appliquer lorsque l'empêchement de travailler est dû à des causes qui n'ont rien de commun, ni avec la maladie, ni avec le service militaire. C'est le cas quand l'employé ne peut se rendre à son travail empêché, par exemple, par une enquête de police dans laquelle le travailleur est prévenu à tort, un retard de moyens de circulation ou des phénomènes atmosphériques provoquant des perturbations dans le trafic². Nous estimons que ces causes d'empêchement don-

¹ Laur (voir Schneider et Fick, note 64) suggérerait qu'une telle déduction soit possible lorsque l'employeur peut prouver que l'employé a, pendant son service, une situation économique meilleure qu'en temps habituel.

² Voir Reinert, p. 42 et ss. Avis contraire : Oser-Schönenberger, ad art. 335, note 2, litt. a.

nent aussi lieu à l'application de l'article 335 : si le législateur n'avait pas voulu qu'elles entrent en ligne de compte, il l'aurait mentionné en s'inspirant plus encore du paragraphe 616, alinéa 1 BGB qui parle de « cause d'empêchement existant dans la personne » (ein in seiner Person liegender Grund).

L'article 335 c. o. ne s'applique pas lorsque l'empêchement de travailler est dû à un jour férié¹. En effet si cette disposition devait s'appliquer lors d'un chômage dû à des jours fériés ou à un manque de travail, le législateur aurait simplement parlé d'empêchement de travailler sans en énumérer les causes. De plus, le paiement d'allocations de chômage ne pourrait faire l'objet de dispositions de droit public cantonal car il y aurait un empiètement de celui-ci sur le droit civil fédéral.

La jurisprudence du Tribunal Fédéral², en admettant que l'article 335 c. o. ne concerne pas le paiement de salaire lors de jours fériés chômés, autorise l'intervention des cantons dans ce domaine au moyen de leur droit public mais l'a clairement limitée. Dans « l'arrêt des Charmilles »³, le Tribunal Fédéral a déclaré contraire au droit fédéral l'article 2 de la loi genevoise du 14 mai 1934 ainsi formulé : « il ne peut être fait aucune déduction de salaire pour les jours fériés légaux... » Le juge estimait que cette obligation allait à l'encontre de la réglementation du contrat de travail par le droit civil fédéral, n'avait pas de raison d'être suffisante tirée du droit public et présentait un caractère trop général. La cour de droit public admet que les cantons exigent le paiement d'un salaire par l'employeur quand ce paiement est « un moyen nécessaire à la réalisation du but d'intérêt général visé par le législateur⁴ ». Des motifs politiques, patriotiques, nationaux et d'ordre public peuvent ainsi justifier l'édiction de règles de droit permettant au salarié d'être rétribué à l'occasion de certains jours fériés chômés, telles la fête nationale et les fêtes cantonales, par exemple. Comme le dit

¹ Selon l'article 58 LTF, la détermination des jours fériés est de la compétence des cantons qui peuvent fixer jusqu'à huit jours fériés par an en tenant compte si besoin des particularités régionales.

² ATF 58 I, p. 26; JDT 1932, p. 600.

ATF 61 II, p. 353; JDT 1936, p. 138.

Voir également JDT 1939, p. 324 (Lorétan, notes de jurisprudence).

³ ATF 61 II, p. 353.

⁴ ATF 58 I, p. 26.

Lorétan¹, «on ne saurait exiger des ouvriers, pour des motifs de commémoration nationale, qu'ils suspendent leur travail, s'ils doivent subir de ce fait une perte de salaire».

Sous-section 2. Absence de faute.

L'article 335 ne s'applique que s'il n'y a pas de faute de l'employé. Celle-ci doit d'ailleurs être d'une certaine gravité pour entrer en ligne de compte : une négligence ou une faute légère n'exclut pas la protection prévue en faveur de l'employé. C'est à juste titre que le Conseil de Prud'hommes de la ville de Berne a admis une prétention de salaire d'un employé qui avait contribué à la survenance de l'accident, cause de son empêchement de travailler, mais dont la faute était légère². Nous comprenons en premier lieu dans les fautes graves et inexcusables le fait d'avoir provoqué l'accident ou la maladie, causes de l'empêchement (ce fait sera souvent difficile à prouver) ou de courir volontairement un danger inutile. Il y a incontestablement faute quand l'intéressé subit un emprisonnement ensuite d'un jugement ou qu'il effectue un service militaire de punition. La faute est moins grave, mais l'article 335 c. o. peut également ne pas s'appliquer dans les cas où l'intéressé se connaît une maladie ou sait qu'il a une longue période de service militaire à accomplir prochainement mais le cache à l'employeur au moment de la conclusion du contrat de travail³. Le salarié n'a non plus aucune prétention de salaire lorsqu'il accomplit du service à l'étranger, du service volontaire, provoque manifestement un ordre de marche⁴ ou, par sa faute, est convoqué à un cours de tir pour retardataires⁵. L'ivresse et les suites d'un duel⁶ ou d'une rixe à laquelle l'intéressé aurait participé volontairement, sont des fautes

¹ JDT 1939, p. 327.

² RSJ 40, p. 266; BJT 1942, p. 77.

³ Voir ci-dessus section 2, sous-section 1, § 1. Dans ce sens: Oser-Schönenberger qui estime l'employé fautif car il est pleinement conscient qu'il ne pourra remplir ses obligations à satisfaction de droit.

⁴ Nous avons admis (ci-dessus section 2, sous-section 1, § 2) qu'une école de cadres était obligatoire, mais émettons cette restriction: si l'intéressé a fait des démarches incessantes pour monter en grade, le bénéfice de l'article 335 ne peut lui être accordé.

⁵ D'autre part, Oser-Schönenberger remarque à juste titre que celui qui accepte une charge honorifique l'empêchant de travailler, doit en supporter personnellement les inconvénients et ne pas en faire subir les conséquences à son employeur.

⁶ Notre point de vue se fonde sur l'interdiction du duel en Suisse, art. 130 et ss. C. P. S.

au sens de l'article 335 si elles empêchent l'ouvrier de travailler¹.

Le problème est plus compliqué lorsque les causes d'empêchement sont dues à la pratique des sports. Oser-Schönenberger et Becker estiment que cette pratique n'est pas une faute malgré les dangers qu'elle présente pour la santé, mais que la participation à des concours en est une. Birchmeier² pense que seule la participation à des concours dangereux, si elle a des conséquences fâcheuses, empêche l'application de l'article 335 c. o. Ces avis ne nous paraissent pas assez nuancés. D'après nous, la pratique de certains sports dangereux (tels en particulier le vol à voile, le bobsleigh etc...) sans même qu'il s'agisse de concours, est une faute. Au contraire, la pratique de sports sans risques spéciaux (par exemple : le tennis, la natation, la marche et l'athlétisme) même si l'intéressé participe à des compétitions, ne constitue généralement pas une faute au sens de l'article 335 c. o.

La question est plus délicate encore lorsque l'empêchement de travailler est dû à une maladie vénérienne ou surtout à une grossesse hors mariage. Dans le premier des cas, si souvent l'intéressé ne peut s'en prendre qu'à lui, il ne faut cependant pas admettre a priori qu'il y a une faute de sa part³. Nous avons vu⁴ que la grossesse est une cause d'application de l'article 335 c. o. quand les autres conditions sont remplies. Reinert⁵ prétend, tout en admettant que la question est controversée, qu'il faut faire une distinction entre la femme mariée et la fille-mère et ne laisser qu'à la première le bénéfice de la disposition légale. Cette distinction est toute gratuite, elle n'a juridiquement aucun fondement et rien ne prouve que

¹ Le Tribunal cantonal de St-Gall a admis en 1943 la faute d'un employé qui s'était rendu dans un pays en guerre et avait repris son travail en retard parce qu'il avait eu des difficultés pour rentrer en Suisse. Il ne lui a donc pas accordé le bénéfice de l'article 335 c. o. Voir RSJ 40, p. 266; BJT 1944, p. 37.

² Ouvrage cité, p. 100. Même avis: Reinert, p. 43. Ce dernier auteur estime que la pratique des sports n'est une faute que quand elle dépasse la mesure habituelle et admissible.

³ Lang (p. 42) écrit: « ce serait injuste et contraire au caractère social de l'article 335 que de considérer comme faute imputable dans tous les cas — donc sans égard aux circonstances spéciales — l'empêchement résultant d'une maladie vénérienne ou d'une grossesse hors mariage ». Voir également Katz, p. 141 et Sontheim, Der Lohnanspruch des Dienstpflichtigen im Krankheitsfalle, p. 33.

⁴ Ci-dessus section 2, sous-section 1, § 1.

⁵ Ouvrage cité, p. 43. Voir également Birchmeier (p. 100) qui exprime la même opinion. Schneider et Fick sont de l'avis contraire (ad art. 335, note 35).

ses conséquences seraient équitables dans la plupart des cas¹. Au contraire, mise en pratique, elle pourrait avoir des résultats extrêmement fâcheux et encourager l'avortement. Une fille-mère n'est pas toujours fautive ; elle peut avoir commis une faute² mais exceptionnellement, même dans un tel cas, nous préconisons de ne tenir aucun compte de ce manquement et de lui verser son salaire si elle est empêchée de travailler du fait de sa grossesse.

Il convient de noter en dernier lieu que si l'employé est empêché de travailler par la faute de son employeur³, il a droit à des dommages-intérêts en application des articles 41 et ss., 97 et ss. et plus encore 332 c. o. Dans un tel cas, le salaire peut devoir être versé même pendant une période plus longue que le « temps relativement court » et, naturellement, même si le contrat entre parties n'est pas « conclu à long terme ».

Section 3. Conséquence de l'applicabilité de l'article 335 c. o. : paiement du salaire pendant un temps relativement court.

Si les conditions d'application de l'article 335 sont réunies, l'employeur doit payer à l'ouvrier son salaire pendant un certain temps. Il eût été possible de déterminer ce laps de temps en tenant compte de la durée prévue ou effective du contrat, mais la question est trop complexe pour qu'on puisse espérer la résoudre de façon satisfaisante par la simple fixation de périodes relativement courtes. Les cas possibles sont tellement différents qu'il faut dans ce

¹ L'article 14, al. 1 LAMA qui concerne le paiement de l'indemnité par les caisses d'assurance, ne fait pas cette distinction et met sur le même plan l'accouchement d'une femme mariée et celui d'une fille-mère : « les caisses doivent assimiler un accouchement à une maladie si, lors des couches, l'assurée a déjà été affiliée à des caisses durant au moins neuf mois sans une interruption de plus de trois mois ».

² La cohabitation hors mariage n'étant pas coupable, une fille-mère ne pourrait avoir commis une faute qu'en ayant eu des relations avec un homme qu'elle savait marié.

³ L'employeur peut être en faute par exemple parce qu'il n'a pas pris certaines mesures de sécurité (art. 339 c. o.) ou parce qu'il a exigé de trop grands efforts d'un apprenti (art. 14 loi fédérale sur la formation professionnelle du 26 juin 1930).

domaine laisser au juge une certaine liberté d'appréciation¹. Il serait d'autre part dangereux qu'un employé sache à l'avance et de façon certaine quel salaire il touchera en fonction de la durée de son empêchement².

Les termes «relativement court» ont l'avantage de donner à l'article 335 c. o. une très grande souplesse³; ils permettent également de ne porter préjudice, ni à des employés avec qui les patrons sont plus généreux que le veut la loi, ni à des employeurs qui ont plus de difficultés que d'autres à payer un salaire pendant un empêchement de travailler d'un employé.

Sous-section 1. Paiement du salaire.

Le salaire est la contre-prestation du travail de l'ouvrier. Il est habituellement en espèces mais peut aussi être en nature et comporter, par exemple, la nourriture et le logement. Le salaire est au temps ou aux pièces selon qu'il est calculé d'après la durée de travail ou d'après la quantité de travail que demande un ouvrage déterminé. Il peut également être proportionnel et comporter par suite un élément fixe et un élément variable. Cet élément variable

¹ Le Conseil de Prud'hommes de la ville de Berne a établi en 1926 (RSJ 24, p. 137) une échelle des « temps relativement courts », mais celle-ci ne peut servir que de base à la détermination de ces temps et n'a pas une prétention d'universalité:

Durée du contrat:	Paiement du salaire pendant:
1 à 3 mois	2 jours à 1 semaine
6 mois	2 semaines
9 mois	3 semaines
1 an	1 mois
2 à 4 ans	2 mois
5 à 9 ans	3 mois
10 à 14 ans	4 mois
15 à 19 ans	5 mois, etc.

Les Prud'hommes de la ville de Bâle ont établi également une telle échelle. Mais celle-ci octroie aux employés un salaire pendant un temps plus long que celui admis pour les ouvriers. Comme le remarque Stein (RSJ 43, p. 42), cette façon de procéder est illogique car l'ouvrier a besoin d'une plus grande protection que l'employé:

Durée du contrat:	Prétention de l'ouvrier pendant:	Prétention de l'employé pendant:
6 à 12 mois	7 à 14 jours	2 à 3 semaines
1 à 3 ans	3 à 4 semaines	4 à 6 semaines
3 à 5 ans	4 à 6 semaines	6 à 8 semaines
plus de 5 ans	2 mois	2 à 4 mois

² Voir Christen, p. 13.

³ Richard (Le contrat de travail en droit suisse, p. 259) remarque que si le temps avait été déterminé «il aurait été impossible de tenir un compte suffisant des facteurs moraux tels que la conduite de l'employé et son zèle, de la variété infinie des rapports, des conditions particulières à chaque entreprise».

peut être une prime à la production, une participation aux bénéfices ou une commission sur les affaires¹.

Le salaire de l'article 335 est aussi bien le salaire d'un travail autant que celui d'un travail aux pièces² quoique, dans ce dernier cas, le contrat unissant employeur et employé soit rarement conclu à long terme. Le salaire à payer dans les cas d'empêchement est celui composé d'éléments fixes ou variables sans comprendre toutefois les gratifications, sauf si celles-ci constituent une part du salaire. S'il est fixe, le salaire sera celui du dernier mois complet avant la naissance de la cause de l'empêchement ; s'il est variable, il pourra se calculer sur la moyenne des salaires effectivement touchés pendant une période s'étendant de six mois à un an avant le chômage de l'employé³.

La prétention de salaire née de l'application de l'article 335 c. o. peut être formulée pendant cinq ans dès le moment où le salaire est exigible⁴.

Sous-section 2. Paiement pendant un temps relativement court.

Les termes «relativement court» ont donc été judicieusement choisis par le législateur. Le temps doit être apprécié d'abord en fonction de la durée prévue du contrat ou de la longueur du délai

¹ Certains salaires, tel celui d'un garçon de café ou d'autre personnel de l'industrie hôtelière, ne se composent que d'un élément variable lorsqu'ils sont constitués uniquement par des pourboires ou des commissions.

² Même avis : Adler, RSJ 9, p. 87.

³ La loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941 en son article 12 règle le cas particulier du paiement de son salaire au représentant empêché de voyager sans faute de sa part :

« 1. Lorsque, sans sa faute, le voyageur est empêché de voyager et que la loi ou le contrat lui reconnaît néanmoins un droit au salaire, celui-ci se détermine sur la base du traitement fixe et d'une indemnité convenable pour perte de provision.

2. Si la provision constitue moins d'un cinquième du salaire, il peut être convenu par écrit que, dans le cas où, sans sa faute, le voyageur est empêché d'exercer son activité, aucune indemnité ne lui sera due à raison de la perte de provision.

3. Lorsque, sans sa faute, le voyageur est empêché de voyager et que son salaire intégral lui reste assuré, il peut être employé dans l'établissement, à la demande de l'employeur, à d'autres travaux, à la condition qu'il soit capable de s'en charger et qu'on puisse raisonnablement l'exiger de lui. »

⁴ Article 128, ch. 3 c. o.

de résiliation, ensuite en fonction de sa durée effective¹, mais l'estimation de la période relativement courte est laissée à l'appréciation du juge et ce dernier peut tenir compte pour la déterminer de maints autres facteurs que la durée du contrat². Il doit examiner, par exemple, si dans l'année précédant l'interruption du travail, il n'y a pas déjà eu un ou plusieurs empêchements pour l'employé d'exécuter sa prestation³. Il faut tenir compte en particulier de la durée de l'empêchement de travailler ainsi que de toutes les circonstances ayant trait directement ou indirectement au contrat de travail, voir si le remplacement de l'employé est indispensable pendant son absence, s'il s'agit d'une grande ou d'une petite entreprise, si l'employé subit un grave dommage ou non, si le contrat approche de son terme et si l'employé touche ou ne touche pas par ailleurs un autre dédommagement.

Section 4. L'article 335 c. o. est-il de droit dispositif ou de droit impératif ?

Cette question est aussi discutée que celle de l'application éventuelle de l'article 335 aux contrats de longue durée effective.

Plusieurs auteurs⁴ veulent que cette disposition soit d'ordre public parce qu'elle protège la partie la plus faible au contrat ; elle est à leur avis unilatéralement impérative car elle peut être modifiée, mais uniquement en faveur de l'employé. D'autres⁵ la

¹ Schneberger (p. 67) estime au contraire qu'il faut considérer en premier lieu la durée effective. Ce point de vue est contraire au sens de la loi, car un employé engagé pour long-temps, malade au début de son contrat n'aurait pas l'avantage (voulu par le législateur) de l'avoir conclu à long terme.

Stein (RSJ 43, p. 39 et ss.) rapporte un jugement du 13 mai 1946 des Prud'hommes de Bâle. Celui-ci admet que le temps d'un contrat d'apprentissage entre dans la durée d'un contrat de travail si l'employé dans les deux contrats était lié au même employeur. Ceci par analogie avec l'article 348 c. o. lors de l'application duquel, selon Oser-Schönenberger (ad art. 348, N. 2), le temps d'apprentissage est aussi compté, Schwartz (p. 62) est du même avis.

² Les parties peuvent déterminer elles-mêmes le temps relativement court à condition que l'employé ne soit pas lésé. Le Conseil de Prud'hommes de Zurich a admis cette façon de procéder ; voir ZBJV 40, No 29 d.

³ Le Conseil de Prud'hommes de Berne a tenu compte de tels faits pour refuser à un employé une prétention de salaire parce que récemment il avait déjà interrompu son travail pendant un temps relativement court (RSJ 37, p. 44).

⁴ Reinert, p. 49 ; Birchmeier, p. 107 ; Lautner, p. 19 ; Funk, ad art. 335 ; Schneider et Fick, ad art. 335, note 6 ; voir également JDT 1948 III, p. 100 et ss. et RSJ 36, p. 30.

⁵ Schneberger, p. 68 et ss. ; Schwartz, p. 62 ; Canner, p. 56 ; Adler, RSJ 9, p. 88 ; Richard, p. 267 ; Becker, ad art. 335, No 3 ; Oser-Schönenberger, ad art. 335, No IV et T.F.A. : jugements des 22 mars et 28 mai 1932 cités par Schneberger.

voient entièrement dispositive. Ces derniers auteurs s'accordent à dire que dans le doute les règles du code des obligations sont dispositives au vu de l'article 19 c. o.: «la loi n'exclut les conventions que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité».

On avait envisagé d'ériger cette règle en disposition d'ordre public¹ mais on y a renoncé et le texte actuel de la loi ne spécifie pas qu'il s'agit de droit impératif. Von Thur admet comme impératives «les règles au moyen desquelles la loi protège la partie la plus faible (au point de vue social ou économique) contre une atteinte qui la menace dans ses biens les plus essentiels»². L'article 335 appartient incontestablement à cette catégorie de dispositions légales. Mais il serait choquant, par exemple, qu'un employé ayant d'autres ressources importantes que son salaire le touche pendant un empêchement de travailler, alors que son employeur subit un grave dommage. C'est pourquoi parmi d'autres raisons, sous sa forme actuelle, l'article 335 n'est pas de droit impératif et les parties peuvent y déroger.

Comme le remarquent justement Oser-Schönenberger³, Becker⁴ et Schneeberger⁵, la loi peut être tournée si l'employeur et l'employé concluent un contrat avec un court délai de résiliation⁶: si le contrat de travail dure déjà depuis longtemps mais si son délai de congé n'est que de deux semaines (ceci en application de l'article 348, al. 2 c. o.), l'employeur peut le résilier en respectant ce délai même si la convention a été «conclue à long terme⁷». Il peut agir de la sorte malgré l'article 352, al. 3 qui l'empêche de congédier un

¹ Bull. stén. Cons. Nat. 1909, p. 640 (Rutty): «l'art. 1381 est décrété d'ordre public, mais il est subordonné par l'alinéa 3 à la justification d'un dommage». Cette disposition n'a pas été adoptée: actuellement on ne demande pas à l'employé, pour lui payer son salaire, de justifier d'un besoin. Analogiquement, on ne peut prétendre parce que cette disposition était dans les projets de loi, que l'article 335 actuel est impératif.

² Partie générale du code des obligations, p. 219 et 220.

³ Ouvrage cité, ad art. 335, No IV.

⁴ Ouvrage cité, ad art. 335, No 3.

⁵ Ouvrage cité, p. 69.

⁶ L'article 23 de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques protège l'ouvrier, car, s'il est malade ou accidenté, il ne peut être congédié que si son empêchement dure plus de quatre semaines. Un établissement industriel, pour être une fabrique, doit remplir certaines conditions énumérées à l'article 1 de l'ordonnance d'exécution du 3 octobre 1919 de la LTF.

⁷ Même avis entre autres: Stein, RSJ 43, p. 41, No 8.

employé pour cause de maladie ou de service militaire¹. D'autre part, au lieu de conclure un contrat à long terme avec un court délai de congé, l'employeur, la partie la plus forte au contrat, peut simplement conclure un contrat à court terme qui sera renouvelé plusieurs fois². Il n'y aura, de cette façon, aucune possibilité d'application de l'article 335 c. o.

La loi, nous le constatons, peut être facilement éludée. Il est donc inutile de vouloir considérer l'article 335 comme une disposition impérative. Il est de plus illogique de le faire : l'article 335 actuel n'est qu'une nouvelle rédaction légèrement modifiée de l'article 341 anc. c. o. ; ce dernier, comme nous le fait comprendre Rossel³, n'était pas impératif (il ne faut pas oublier non plus que le paragraphe 616 BGB sur lequel était calqué l'ancien article 341 c. o. est sans aucun doute dispositif⁴). Le législateur ayant renoncé à ses différents projets, a voulu conserver l'ancienne disposition telle quelle. Nous ne voyons pas pourquoi elle serait devenue impérative, alors que précisément les Chambres Fédérales n'ont pas voulu une telle solution.

Il faut donc admettre que même si le contrat est «conclu à long terme» l'employé peut renoncer d'avance à la prétention tirée de l'article 335 c. o.⁵, comme il le peut après la survenance de l'empêchement⁶.

Si l'article 335 était impératif sous sa forme actuelle, il faut souligner que ce serait au détriment de beaucoup de travailleurs.

¹ Cet article en effet ne s'applique qu'à la résiliation sans préavis.

² Nous rappelons ici que, selon nous, l'article 335 s'applique aux contrats prévus pour une longue durée et non pas aux contrats de longue durée effective.

³ Manuel de droit fédéral des obligations, p. 416: «Il n'était pas défendu de convenir expressément ou tacitement, sous l'empire du code de 1881 que la rémunération ne serait due que pour le temps réellement consacré aux services loués, et que le maître serait autorisé à déduire la part de salaire afférente aux jours ou aux semaines de maladie ou de service militaire. Mais il semble bien qu'on ait voulu faire de l'article 335 une disposition de droit strict». Il y a une contradiction dans les termes, mais la dernière affirmation est absolument gratuite et hypothétique.

⁴ Voir ci-dessous IIe partie, chapitre II, § 3, §§ 6.

⁵ Même avis: Schneeberger (p. 68) qui voit en l'article 335 une règle entièrement dispositive. Cet auteur cite plus loin un arrêt du T.F.A. du 28 mai 1932 d'après lequel l'article 335 est de droit subsidiaire et n'est applicable que lorsqu'aucune convention contraire n'a été conclue entre les parties.

Voir JDT 1948 III, p. 100 et ss. Dans cet arrêt le Tribunal cantonal vaudois tient l'article 335 c. o. pour du droit impératif et n'admet que l'employé renonce à s'en prévaloir que s'il obtient par ailleurs des avantages financiers au moins équivalents à ceux que lui assure la règle de droit commun. S'ils étaient moindres, l'employeur serait redevable de la différence.

⁶ Cette dernière faculté est utile au travailleur et peut lui éviter d'entrer en conflit avec son patron ou même de perdre son emploi.

Un employeur hésiterait souvent avant d'engager un employé malade, âgé ou astreint au service militaire. Il serait à craindre que les personnes inaptes au service et les étrangers soient préférés aux autres.

Section 5. L'article 344 alinéa 2 c. o. et les autres dispositions spéciales.

L'article 335 c. o. est la règle générale mais il nous faut mentionner ici, sans nous attarder cependant, d'autres dispositions légales plus particulières.

L'article 344, alinéa 2 c. o. s'applique aux employés qui vivent en communauté domestique avec leurs employeurs et se formule ainsi : «En pareil cas, l'employeur doit pourvoir à l'entretien, aux soins et aux secours médicaux nécessaires lorsque l'employé est empêché, par la maladie et sans sa faute, de faire son travail pendant un temps relativement court». Ce texte complète l'article 335 mais n'empêche pas son application si l'employé, en sus de son entretien, a droit habituellement à un salaire. Pour que l'article 344, alinéa 2 soit applicable, il n'est pas nécessaire que le contrat ait été «conclu à long terme» mais l'employé doit être empêché de travailler sans sa faute par une maladie (ou naturellement un accident). La construction du texte français contient une erreur car les termes «relativement court» caractérisent la durée pendant laquelle l'employeur doit pourvoir à l'entretien de l'employé et non la longueur de l'interruption du travail. Schwartz¹ nous rapporte que le Conseil de Prud'hommes bâlois a établi à propos de cette disposition les normes suivantes concernant le droit de l'employé :

<i>durée du contrat :</i>	<i>entretien et soins pendant :</i>
temps d'essai	3 jours
jusqu'à 6 mois	1 semaine
9 mois	2 semaines
12 mois	3 semaines
3 ans	4 semaines
5 ans	6 semaines
10 ans	2 mois
plus de 10 ans	3 mois

¹ Ouvrage cité, p. 61.

La loi sur la formation professionnelle contient en son article 14, alinéa 3 une règle semblable qui s'applique à l'apprenti vivant en communauté domestique avec son employeur. Selon cette disposition l'apprenti a droit «pendant quatorze jours, au soins et aux secours médicaux lorsque, sans faute de sa part, il est empêché de travailler par la maladie ou un accident».

Relevons également les règles propres aux voyageurs de commerce que nous avons déjà signalées¹ et l'article 23 LTF qui s'applique aux ouvriers travaillant dans des fabriques : «le fabricant ne peut pas résilier le contrat de travail :

- a) pendant une incapacité de travail provenant d'accident ou de maladie, si l'incapacité n'est pas imputable à l'ouvrier et aussi longtemps qu'elle n'a pas dépassé quatre semaines.
- b) pour cause de service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale. A l'égard de l'ouvrier appelé à un tel service, le délai de congé est suspendu pendant la durée du service».

En dernier lieu citons encore l'article 69 LTF qui est l'équivalent de l'article 23 mais concerne les femmes en couches : celles-ci «sont exclues du travail dans les fabriques pendant les six semaines qui suivent l'accouchement ; sur leur demande, cette période doit être portée à huit semaines.

Elles ne peuvent être congédiées pendant cette période, ni pour un terme tombant dans cette période».

L'article 130 LAMA ayant une incidence sur l'article 335 c. o. nous occupera plus longuement.

¹ Ci-dessus section 3, sous-section 1, note 3.

CHAPITRE III

Incidence d'autres règles de droit sur l'article 335 c. o.

Section 1. L'article 130 LAMA.

L'article 130 LAMA est complémentaire de l'article 335 c. o. et précise, dans des cas déterminés et lorsque les conditions d'application de la règle générale sont réunies, si l'employeur est tenu de payer le salaire de son employé ou dans quelle mesure il doit le faire :

«Si l'employé est membre d'une caisse reconnue d'assurance en cas de maladie et si l'employeur supportait au moins la moitié des contributions, l'indemnité de chômage due par la caisse-maladie peut, en cas de maladie, être déduite du salaire dû à teneur de l'article 335 du Code des Obligations.

En cas d'accident, l'employé n'a pas droit au salaire s'il est obligatoirement assuré auprès de la Caisse nationale et si l'employeur a payé les primes dont il est tenu.

Il en est de même dans l'assurance volontaire si les prestations assurées sont égales à celles de l'assurance obligatoire et si l'employeur a pris à sa charge et effectivement payé au moins la moitié des primes. Un arrêté de l'Assemblée fédérale réglera le droit au salaire pour le cas où les prestations assurées diffèrent de celles prévues aux articles 72 et suivants».

Cette disposition envisage donc différentes hypothèses et fait

une distinction¹ entre la maladie non professionnelle d'une part et l'accident et la maladie professionnelle² d'autre part.

a) Dans le premier cas, l'employeur peut quelquefois déduire du salaire qu'il devrait à son employé aux termes de l'article 335 c. o. l'indemnité de chômage payée par une caisse d'assurance si certaines conditions sont remplies :

Il doit supporter au moins la moitié des contributions et s'être effectivement acquitté de cette obligation. La caisse d'assurance doit être une caisse maladie reconnue par le Conseil fédéral et à cet effet remplir différentes conditions que la loi énumère³.

Si l'article 130, alinéa 1 LAMA est ainsi applicable, la déduction de l'indemnité de chômage sur le salaire dû en application de l'article 335 c. o. est possible. Pour l'effectuer, il faut tenir compte des prestations offertes par la caisse maladie pendant «le temps relativement court» dont parle l'art. 335 et non de celles versées pendant toute la durée de l'empêchement.

Si l'employeur a assuré son employé à une caisse non reconnue ou s'il paie moins de la moitié des primes de l'assurance, il n'est autorisé à effectuer aucune déduction sur le salaire qu'il lui doit en application de l'article 335 c. o. La LAMA ne connaît donc que l'imputation totale de l'indemnité de chômage ou aucune imputation.

b) Lorsque l'employé est victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle, deux possibilités se présentent :

1. L'assurance auprès de la caisse nationale est obligatoire en application des articles 60 et suivants de la LAMA et l'employé n'a aucune prétention de salaire si son employeur a payé les primes auxquelles il était tenu et si l'assurance exécute effectivement sa prestation.

2. L'assurance est facultative et l'employé n'a non plus aucune prétention de salaire si l'employeur a pris à sa charge et payé au moins la moitié des primes ; mais ceci seulement à condition que les prestations de cette assurance soient équivalentes ou supérieures à celles de l'assurance obligatoire.

¹ Voir ci-dessus Ière partie, chapitre II, section 2, sous-section 1, § 1.

² L'article 68 LAMA assimile les maladies professionnelles aux accidents de travail.

³ Voir LAMA, articles 3 et ss.

Aussi bien lors de maladies que lors d'accidents la personne assurée peut être soumise à un délai d'attente atteignant trois jours¹. Pendant ce laps de temps et aussi pendant le stage (début du temps d'affiliation pendant lequel l'assuré n'a pas encore droit aux prestations de la caisse²), l'employeur doit son salaire à l'employé si les conditions d'application de l'article 335 c. o. sont d'autre part réunies³. Lautner⁴ estime que le salaire doit aussi être payé lorsque les prestations de l'assurance ne sont pas versées à cause d'une faute de l'employé (celui-ci par exemple n'aurait pas annoncé à l'assurance une maladie chronique). Nous ne sommes pas du même avis car si l'employeur assure son employé et paie les primes nécessaires, il n'a pas au moment où l'assurance n'effectue pas ses prestations, à supporter les conséquences d'une faute grave de son employé.

Dans une nouvelle loi⁵ qui remplacera certaines dispositions du code des obligations (dont l'article 335⁶) et complétera la LAMA, le législateur ne semble pas vouloir modifier l'article 130 LAMA. Il n'est pourtant pas logique qu'en payant la moitié des primes d'une assurance, un employeur soit complètement libéré de l'application de l'article 335 c. o. et qu'en en payant un peu moins il doive à son employé, lors d'un empêchement de travailler de celui-ci, son salaire complet pendant un certain temps. Il est étonnant aussi que, lors d'une maladie, quelquefois l'employeur doive supporter une partie des primes et payer pendant un temps relativement court la différence entre les prestations de l'assurance et le salaire de son employé tandis que, lors d'un accident ou d'une maladie professionnelle, que l'assurance soit obligatoire ou facultative, le même employeur n'a plus aucune obligation résultant de l'article 335 c. o.: nous ne comprenons pas qu'un patron ait une charge plus lourde lors d'une maladie fortuite d'un salarié qu'en cas d'un accident ou

¹ Voir les articles 13, al. 2 et 74 LAMA.

² Voir article 13, al. 2 LAMA.

³ Le Conseil de Prud'hommes de la ville de Bienne a adopté le 15 mars 1950 une ligne de conduite admettant ce point de vue. BDT 1950 III, p. 7.

⁴ Der Anspruch des Fabrikarbeiters auf Entgeltzahlung im Krankheitsfalle, p. 42.

⁵ Projet d'une loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires, publié en décembre 1950.

⁶ Article 85, ch. 4 du projet dont nous reproduisons le texte ci-dessous : voir IIIe partie, section I.

d'une maladie due précisément à l'activité de l'employé dans l'entreprise. Nous reviendrons d'ailleurs sur ces questions en proposant une ligne de conduite pour l'établissement d'une nouvelle règle de droit.

Section 2. Les contrats collectifs.

Les contrats collectifs créent du droit impératif. Ils ont l'avantage lors de leur élaboration de mettre sur pied d'égalité les parties contractantes. Les salariés unis sont moins faibles que le salarié seul qui conclut un contrat de travail avec son employeur. Ils peuvent sans crainte aucune exposer leurs revendications. «Les travailleurs organisés en partie contractante collective veulent opposer une puissance égale à la prépondérance économique de l'employeur afin d'assurer l'égalité des parties que la loi admet comme réalisées¹» et, par là, supprimer les inconvénients propres à ces conventions dites d'adhésion que sont les contrats individuels de travail.

Les contrats collectifs ont pour objet les règles du droit du travail qui ne sont pas impératives ou même les règles impératives qui peuvent être modifiées en faveur des employés. L'article 335 c. o. fait l'objet de dispositions de bien des contrats collectifs. Ceux-ci le précisent ou le restreignent. Parfois, par exemple, le temps relativement court pendant lequel le salaire doit être payé est déterminé par convention collective. A notre avis une règle prévoyant que «lors d'une maladie du travailleur, l'employeur ne doit aucun salaire» est tout à fait valable et non pas frappée de nullité comme le voudrait Schweingruber². Tous arrangements sont donc possibles par contrat collectif et nous proposerons qu'ils le soient même si le législateur déclare impérative la disposition appelée à remplacer l'actuel article 335 c. o. parce que, nous l'avons vu, les cocontractants discutent sur pied d'égalité et parce que «la convention étant une véritable loi pour les parties qui l'ont conclue, les

¹ Holer, Contrat collectif de travail, FJS 841, p. 2.

² Reform des Art. 335, p. 52.

intéressés seront leurs propres législateurs, législateurs éclairés et capables de statuer en pleine connaissance de cause¹».

Actuellement, avant la promulgation d'une nouvelle loi, les contrats collectifs parent en partie aux lacunes découlant de la nature dispositive de l'article 335 c. o. Nous n'étudierons pas en détail l'adaptation aux conventions collectives du principe contenu dans cette dernière disposition mais nous nous permettrons de renvoyer à l'ouvrage de Sontheim² qui étudie la question de manière approfondie : selon certains contrats collectifs, si l'employé s'assure lui-même, la convention lui garantit le paiement d'au moins la moitié des primes de l'assurance par son employeur. Selon d'autres contrats collectifs, l'employeur doit assurer l'employé à la caisse nationale si ce dernier ne l'est déjà obligatoirement. D'autres conventions enfin font simplement de l'article 335 c. o. une disposition impérative qui présente l'inconvénient de ne s'appliquer qu'à une partie des employés, et ceci souvent longtemps après le début de leur engagement.

Les contrats collectifs présentent un autre avantage que de ne pas faire subir au plus faible la loi du plus fort : ils permettent de nuancer une disposition légale et de la façonner en tenant compte des caractéristiques de la branche économique dans laquelle elle doit être appliquée. Cette particularité serait très utile dans le cas où la disposition légale qui remplacera l'actuel article 335 c. o. serait impérative.

¹ Nast (des conventions relatives à l'organisation du travail) cité par Wilhelm. Du contrat collectif de travail, p. 14.

² Ouvrage cité, p. 48 et ss. Voir également Canner, p. 74 et Schweingruber (Reform des Art. 355), p. 53 et ss.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT ÉTRANGER

Les différentes conceptions des problèmes sociaux, leur réalisation dans les pays européens sont tellement dissemblables que nous sommes obligés de considérer les réglementations étrangères en général et de nous arrêter plus particulièrement aux points de droit comparables à la règle légale suisse que nous avons étudiée jusqu'ici.

En 1944, eut lieu à Philadelphie une conférence internationale du travail qui a émis une recommandation sur les garanties des moyens d'existence. Elle fait ressortir « la nécessité d'étendre progressivement la protection des travailleurs ainsi que des personnes à leur charge, dans chacune des éventualités qui peuvent couramment se produire et qui entraîne pour le travailleur contre sa volonté une perte de sa capacité de gain ou une diminution telle qu'il ne puisse subvenir aux besoins de sa famille¹ ».

Le problème que nous appellerons de la sécurité sociale a été reconsidéré ces dernières années dans plus de vingt pays et la Suisse qui était à l'avant-garde des idées sociales est maintenant dépassée dans ce domaine en particulier par la Grande-Bretagne, la France et l'Allemagne. Parmi ces pays, il en est certains, tels l'Australie, le Royaume-Uni et la Suède, qui parviennent à protéger toute leur population contre les risques sociaux ; d'autres, comme la France, la Tchécoslovaquie et la Bulgarie, ne viennent

¹ RIT 1949 I, p. 731.

en aide qu'aux personnes qui exercent une activité lucrative. Un dernier groupe dans lequel on note le Brésil, l'Égypte, la Turquie et la Yougoslavie, ne protège que les travailleurs des villes¹.

Les protections existant dans ces pays, certaines plus théoriques que pratiques, sont utiles et efficaces lorsqu'elles assurent des prestations suffisantes et, si besoin est, de longue durée. Le point faible des systèmes est toujours l'allocation de pensions car celles-ci créent les charges les plus lourdes. Les prestations sont fixées selon deux méthodes différentes. Certains pays, telle la Grande-Bretagne, les déterminent dans le désir d'assurer aux intéressés un minimum vital ; d'autres, la France en particulier, les calculent en cherchant à maintenir le standard de vie de l'assuré.

Ce deuxième principe est plus délicat à appliquer que le précédent, mais dans le cas de prestation à court terme, il ne présente pas ses inconvénients. En effet, il est difficile à l'intéressé de réduire du jour au lendemain ses dépenses au niveau du minimum vital et de s'adapter rapidement à une nouvelle situation. La Grande-Bretagne et les pays qui ont adopté la première conception partent de l'idée qu'il est loisible au bénéficiaire, qui lors d'empêchement de travail veut maintenir son «standing», de s'assurer individuellement puisque son salaire relativement élevé le lui permet.

Il est encore à noter que, quel que soit le principe adopté, le taux n'est pas le même s'il s'agit de prestation à court ou à long terme. Les prestations en espèces représentent, de façon moyenne, 50 % du salaire, mais dans les pays comme la France, elles varient beaucoup à cause de l'existence de systèmes d'allocations familiales².

La sécurité sociale devrait garantir tous les risques. Elle est dans sa forme complète et définitive la sécurité de l'emploi car elle commande l'élimination du chômage. Elle est la sécurité du gain qu'elle remplace quand l'ouvrier est empêché de travailler et, comme elle tient compte des besoins propres à chaque intéressé, elle est la sécurité de la famille. Enfin, elle est la sécurité de la

¹ RIT 1949 I, p. 740 et ss.

² En France, un ouvrier non qualifié, marié et père de trois enfants gagnera le double du même ouvrier célibataire. La proportion est la même en cas d'accident ou de maladie.

capacité de travail, car son but est de guérir et de réadapter l'assuré, mais aussi et surtout de prévenir les accidents et les maladies.

Chaque système de sécurité sociale, nous l'avons vu, est particulier à un pays et, si la Grande-Bretagne, sur la base du plan Beveridge, accorde une grande importance au problème du chômage que la France ignore, cette dernière réserve une place prédominante à l'attribution d'allocations familiales en raison de ses soucis d'ordre démographique. L'Allemagne qui a donné à ses travailleurs la possibilité d'être soignés gratuitement leur impose un médecin, alors que la France, de façon générale plus libérale, en laisse le libre choix aux bénéficiaires de la sécurité sociale.

CHAPITRE PREMIER

Le droit français

Il y a en France un code du travail, mais il ne contient pas le droit de la sécurité sociale qui représente une partie importante du droit du travail. Cette législation s'est beaucoup développée depuis 1930, mais surtout depuis la fin des hostilités. La réalisation du plan de sécurité sociale se fait en France très rapidement mais en plusieurs étapes cependant. Les principaux textes légaux sont :

L'ordonnance du 4 octobre 1945 sur le fonctionnement administratif de la sécurité sociale.

L'ordonnance du 19 octobre 1945 qui refond la législation sur les assurances sociales.

L'ordonnance du 22 septembre 1946 qui étend à toute la population française la législation sur les allocations familiales.

L'ordonnance du 30 octobre 1946 qui réforme la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles.

La loi du 22 mai 1946, la plus importante, généralise la sécurité sociale car elle désire appliquer le système à toute la population du pays. La constitution de 1946 dans son préambule affirme le principe de cette sécurité sociale : «La nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain, qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence¹».

¹ Durand et Jaussaud, p. 113.

La sécurité sociale est donc la conséquence de la générosité du peuple français, mais l'appareil administratif qui en assure le fonctionnement est très lourd et pour beaucoup intolérable parce que l'assurance privée a été à peu près supprimée. Les charges résultant de ce régime sont aussi importantes : elles arrivent en effet à atteindre plus de 35 % du salaire¹. Les cotisations se répartissent ainsi : l'employeur paie pour les assurances sociales 10 % du salaire, pour les allocations familiales 14 % et pour les accidents du travail en moyenne 3,50 %. L'employé contribue seulement aux cotisations des assurances sociales et verse néanmoins 6 %² de son salaire. Ces charges sont lourdes. C'est en partie à cause d'elles que le pouvoir d'achat de l'ouvrier français n'est plus aujourd'hui que le 60 % de ce qu'il était en 1938 alors que la production industrielle de 1948 dépasse celle d'avant-guerre.

«La sécurité sociale, comme le dit Perraud³, est l'intégration dans une organisation unique avec cotisation unique des trois grandes institutions sociales : accidents du travail, assurances sociales, allocations familiales». Chacune d'elles conserve sa législation spéciale. Cette unité conduit à l'abandon des méthodes traditionnelles de l'assurance car «à partir du moment où le problème n'est plus de garantir certains individus ou groupes déterminés contre des risques précis, mais de réaliser une répartition des revenus, il n'y a plus à mesurer exactement l'importance de chaque risque pour chaque individu, à établir un lien nécessaire entre les cotisations versées par chacun et les prestations qui peuvent lui revenir, à constituer des réserves mathématiques en fonction de la situation de chaque assuré. La solidarité nationale que traduit nécessairement la mise en œuvre d'un plan complet de sécurité sociale rend tous ces mécanismes inutiles. La masse des cotisations et celle des risques s'équilibrent sur le plan collectif par une compensation entre les éléments les plus riches et les éléments les plus pauvres. Les notions même d'indemnisation et de réparation dispa-

¹ A titre indicatif, elles sont en Belgique de 25 %, en Yougoslavie de 28 %; RIT 1949 II, p. 47. Dans d'autres pays, elles sont plus faibles mais il est alors fréquent que l'Etat participe au financement de la sécurité sociale.

² Perraud-Charmentier et de Riedmatten, *Lois sociales*, p. 197 et 248; RIT 1948 I, p. 642

³ Ouvrage cité, p. 135.

raissent pour faire place à celle d'un service public de la santé et de la conservation du niveau de la vie¹».

La sécurité sociale protège les bénéficiaires contre les risques humains (maladie, vieillesse, décès, maternité, charge des enfants même) et aussi contre les risques du travail (accidents, maladies professionnelles).

Elle se compose de trois institutions bien distinctes ; nous n'étudierons pas le système des allocations familiales, car celles-ci sortent du cadre de notre travail. Nous examinons uniquement quelles solutions la France a apportées au problème des assurances sociales et des accidents du travail et maladies professionnelles.

Sections 1. Accidents du travail.

Si la sécurité sociale est un but, la législation sur les accidents du travail aussi bien que sur les assurances sociales et les allocations familiales est un moyen.

La loi du 30 octobre 1946 qui remplace celle de 1898 ne s'appuie plus sur l'idée du risque professionnel, du risque d'autorité, mais sur celle du risque collectif, du risque social. C'est la conséquence du développement du principe de solidarité.

Les cotisations dont le taux dépend des risques inhérents aux différentes entreprises sont versées par l'employeur ; en réalité la charge en est supportée par celui-ci et aussi par l'employé lui-même. Ces cotisations peuvent être augmentées par les caisses régionales si l'employeur n'a pas pris les mesures de sécurité et d'hygiène indispensables. Mais inversement, elles peuvent être réduites ou des subventions allouées suivant le comportement de l'employeur. La loi de 1946 s'applique «aux accidents survenus par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise».

Ce critère de dépendance économique est plus large que la notion juridique du contrat de travail. Mais une aide purement béné-

¹ RIT 1948 I, p. 627.

vole n'entre pas dans le champ d'application de la loi puisqu'elle ne comporte aucune rémunération.

Selon l'article 2 de la loi, est aussi considéré comme accident du travail celui qui se produit pendant le trajet de la résidence au lieu du travail et vice-versa, à condition que le parcours n'ait pas été interrompu ou détourné pour un motif dicté par l'intérêt personnel ou indépendant de l'emploi du salarié.

Dans la mesure où il y a accident du travail, le bénéficiaire jouit des soins médicaux et pharmaceutiques qui comprennent entre autres les frais d'hospitalisation, de prothèse, de rééducation professionnelle, etc... A côté de ces prestations en nature, l'accidenté reçoit une indemnité journalière qui égale, pendant un mois, environ la moitié du salaire et ensuite en représente les deux tiers. Lorsque l'assuré reprend partiellement son travail, l'indemnité est maintenue, mais réduite. S'il y a incapacité de travail permanente, une rente sera allouée à la victime, calculée selon une méthode assez complexe ; elle peut aller jusqu'à 65 % du salaire.

Si l'assuré est victime d'un accident mortel, une rente viagère est allouée à son conjoint ; elle est plus élevée si le salarié avait des enfants de moins de seize ans, mais en aucun cas ne dépasse 75 % du salaire payé à l'époque de l'accident ou de la maladie. Lorsque le défunt est célibataire, ses ascendants touchent une rente notablement plus faible.

Ce système d'assurance ne se base sur la responsabilité individuelle que dans les cas exceptionnels de faute inexcusable ou intentionnelle du patron ou de la victime ou de responsabilité d'un tiers.

La loi est impérative en ce sens que toute convention contraire entre employeur et employé serait nulle (article 66), à moins d'être plus favorable au salarié que le texte légal.

La législation en matière d'accidents du travail basée jusqu'ici sur la notion de contrat entre employeur et employé s'évade du domaine des relations individuelles et du contrat de droit privé pour être soumise à une réglementation sociale collective.

Les innovations de la loi sont, entre autres, l'obligation pour l'employeur d'assurer ses employés et la place importante laissée au principe de la récupération grâce aux rééducations fonction-

nelles et professionnelles. La réparation sous forme d'indemnité ou de rente n'est plus considérée que comme subsidiaire, comme un pis aller, lorsqu'il n'est pas possible de faire mieux.

Les maladies professionnelles sont naturellement assimilées aux accidents du travail. D'autre part, la loi de 1946 ne concerne pas le domaine de l'agriculture où la législation spéciale est encore en vigueur. Mais il y a déjà des projets de loi dans le sens d'une unification. La branche accidents agricoles, une des dernières dont s'occupe l'assurance privée, lui sera ainsi bientôt enlevée.

Section 2. Assurances sociales.

Nous avons vu précédemment¹ quels risques couvrent ces assurances. Ceux qui nous intéressent sont la maladie, la maternité et l'invalidité.

La première loi générale d'assurance sociale est entrée en vigueur le 1er juillet 1930. Il y a eu depuis lors différentes réformes. C'est actuellement la loi du 22 mai 1946 qui régit cette matière. Le financement des assurances sociales est le fait des employeurs, des employés et de l'Etat dont les charges d'assistance grâce à cette institution diminuent notablement.

« Depuis l'ordonnance du 19 octobre 1945, l'affiliation aux assurances sociales est obligatoire pour toute personne qui travaille sans qu'il y ait lieu de rechercher quels sont la nature et le montant de sa rémunération² ». L'existence d'un louage de services³ n'est donc plus le critérium de l'assujettissement aux assurances sociales. Ainsi selon l'article 3 de l'ordonnance de 1945, les personnes sont assujetties même si elles ne sont pas occupées dans l'établissement de l'employeur, même si elles possèdent tout ou partie de l'outillage nécessaire à leur travail et même si elles sont rétribuées en totalité ou en partie à l'aide de pourboires.

¹ Ci-dessus, chapitre I in fine.

² Perraud, p. 193.

³ Pic (Législation industrielle, 6e édition 1931, No 88) définit ainsi cette convention : « le contrat de louage de services est celui par lequel une personne s'engage à exécuter temporairement les travaux rentrant dans l'exercice de sa profession ou de son métier, pour le compte d'une autre personne qui s'oblige, en retour, à lui payer pendant le même temps un salaire convenu, déterminé par la convention ou par l'usage ».

Les prestations, comme dans le cas d'accidents de travail, sont le paiement des frais pharmaceutiques et médicaux mais ceux-ci ne sont remboursés que dans une proportion de 80 %, sauf en cas de maladie de plus de six mois ou de maternité. Son conjoint et ses enfants de moins de seize ans bénéficient aussi bien que la personne assujettie des prestations de l'assurance.

Les caisses versent dès le quatrième jour qui suit l'arrêt du travail des indemnités journalières qui, dans le cas de maladie de moins de six mois, représentent environ la moitié du salaire, mais varient encore en fonction du taux d'incapacité.

Des indemnités journalières sont également versées, en cas de maternité, avant et après l'accouchement.

Si la maladie se transforme en invalidité, il ne s'agira plus d'indemnité ou de rente, mais d'une pension allant de 30 à 60 % du salaire et même plus élevée s'il y a charge de famille. En cas de décès, une indemnité qui correspond au salaire d'un mois et demi est versée au conjoint et aux enfants ou à défaut aux ascendants de la personne assurée.

Nous voyons que le système français est plus complet et qu'il diffère essentiellement du nôtre parce que les risques sont répartis entre tous les employeurs du pays, qu'ils appartiennent à l'artisanat, au commerce, à la petite ou à la grande industrie et parce que le nombre des personnes protégées est relativement beaucoup plus important que chez nous. Ce régime, nous le répétons, entraîne de très lourdes charges et il sera curieux de constater comment la France pourra les supporter et si elle n'aura pas eu tort d'enlever à l'assurance privée l'importance qu'elle avait.

CHAPITRE II

Le droit allemand

§ 1. Dispositions actuelles.

Les dispositions légales sur le droit au salaire de l'ouvrier empêché de travailler sont en droit allemand très semblables à la règle de l'article 335 de notre code des obligations. Le droit suisse en cette matière s'est inspiré du droit allemand et il est à ce point de vue intéressant d'étudier, même brièvement, les origines de ce dernier.

Nous donnerons auparavant un aperçu des dispositions actuelles. La règle générale est le paragraphe 616, alinéa 1 du c. c. all. (BGB) ainsi formulé : «Le travailleur ne perd pas son droit au salaire lorsque, sans sa faute et pour une raison se trouvant dans sa personne, il est empêché de travailler pendant un temps relativement court. Sa prétention sera cependant diminuée du montant qui, pour le temps de l'empêchement, lui est versé par une assurance maladie ou accidents légale¹ » ; selon l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence, cette règle est de nature dispositive².

Ce paragraphe est applicable quand il n'est pas modifié ou

¹ «Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.»

² Hueck, Deutsches Arbeitsrecht, p. 609; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, p. 88; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, p. 626.

supprimé par convention et lorsqu'aucune règle spéciale ne trouve son application.

A cette règle s'ajoute l'alinéa 2 du même paragraphe qui s'applique aux employés en général¹ : «le droit au salaire d'un employé (paragraphe 1, alinéa 1 et 2 de la loi sur l'assurance des employés) lors d'une maladie ne peut être exclu ou limité par contrat. Il faut admettre ici comme temps relativement court six semaines si une autre durée n'est pas convenue par contrat collectif²». Les autres dispositions spéciales sont le paragraphe 133, litt c, alinéa 2 Gew. O et le paragraphe 63 HGB que nous reproduirons plus loin.

§ 2. Origines du droit allemand.

Selon Fluhr³, le glossateur Azo a érigé au treizième siècle un système de location de services logique et symétrique selon lequel une partie empêchée de travailler pour n'importe quelle raison n'avait droit à aucun salaire. Le contrat de travail romain était un simple échange de travail et de salaire.

Le droit germain, lui, met à la base des rapports entre l'employeur et l'employé une notion de loyauté et de sollicitude⁴. Cette conception est apparue au treizième siècle déjà dans les contrats des domestiques et des marins⁵. Les premiers avaient droit à un entretien s'ils étaient empêchés de travailler et les seconds aussi s'ils étaient tombés malades à bord de leurs bateaux.

La première réglementation tirée du droit prussien se trouve dans une ordonnance concernant les domestiques⁶. Cette loi, pour déterminer la prétention de l'employé, différenciait déjà les maladies et accidents professionnels des empêchements non survenus

¹ Ceux auxquels s'appliquent déjà le § 63 HGB ou le § 133 c Gew. O et les autres employés qui sont également soumis à la loi sur l'assurance des employés («Angestelltenversicherungsgesetz» de 1911); voir Maus, *Das deutsche Arbeits- und sozial Recht*, p. 238.

² «Der Anspruch eines Angestellten (§ 1 Abs. 1, 2 des Angestelltenversicherungsgesetzes) auf Vergütung kann für den Krankheitsfall nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Hierbei gilt als verhältnismässig nicht erheblich eine Zeit von sechs Wochen, wenn nicht durch Tarifvertrag eine andere Dauer bestimmt ist.»

Cette deuxième partie a été ajoutée par une décision du 5 juin 1931 (première partie, chapitre IV : voir RGBl. I, p. 281). Elle est impérative et a pour but de diminuer les charges des assurances. En fait, elle ne les allège qu'en partie car presque tous les contrats collectifs n'accordent à l'employé qu'un supplément aux montants alloués par les assurances.

³ *Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis*, p. 11.

⁴ Fluhr (p. 12) parle de «Treu- und Fürsorgegedanke».

⁵ Fluhr (p. 12, note 4) cite Gierke (*Die Wurzeln des Dienstvertrags*, p. 46).

⁶ «Gesindeordnung» de 1810.

dans l'exécution du travail. Les lois actuelles ne font pas cette distinction, mais beaucoup de contrats collectifs en tiennent compte et accordent aussi à l'employé une prétention plus large lors d'accidents et de maladies professionnelles que dans les autres cas.

§ 3. Paragraphe 616, alinéa 1 du code civil allemand.

Cette règle dont nous connaissons le texte¹ et les règles spéciales des paragraphes 63 HGB et 133 c Gew. O sont des exceptions au principe synallagmatique du contrat de travail, exceptions dues à des considérations sociales comme nous l'avons vu en étudiant le droit suisse.

Différentes conditions doivent être remplies pour que le paragraphe 616 BGB trouve son application : comme chez nous, l'employé doit être empêché de travailler sans sa faute pendant un temps relativement court.

§§ 1. Empêchement de travailler.

Selon le c. c. all., la raison de cet empêchement doit se trouver dans la personne du travailleur. Si elle se trouve dans la sphère de l'employeur, il y a demeure de celui-ci et s'il n'y a qu'un empêchement objectif, tel un deuil national ou un retard d'un moyen de communication² par exemple, le paragraphe 616 BGB ne trouve pas son application. On comprend par ces exemples que la cause de l'empêchement doit être dans la personne du travailleur car si, lors de l'absence d'un ouvrier, un employeur peut supporter la charge d'un seul salaire, ce serait pour lui une trop lourde perte si la cessation de travail atteignait tout ou presque tout le personnel de son entreprise et s'il devait, par suite, payer les salaires complets de ses ouvriers et de ses employés. Aussi est-ce à juste titre que Fluhr³ admet qu'un retard d'un moyen de transport ou une interruption de la circulation donne lieu à l'application du paragraphe

¹ Voir ci-dessus § 1.

² Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, p. 220.

³ Ouvrage cité, p. 31.

616 BGB à condition qu'ils n'atteignent qu'un employé ou qu'une faible minorité du personnel d'un employeur.

Les empêchements personnels d'autre part sont ceux dus à une incapacité de travail (maladie, accident, grossesse) ou à l'impossibilité d'exiger la prestation de travail à cause de devoirs d'ordre familial (dus à une maladie grave d'un proche parent, une mort ou une naissance) ou d'ordre civique (fonctions de juré, témoin, etc...)

§§ 2. La faute.

La deuxième condition pour que le paragraphe 616 BGB soit applicable est l'absence de faute de l'employé.

La doctrine en général limite la faute à l'imprudence, à la négligence grossière et au comportement déraisonnable, qu'ils se soient produits ou non dans l'exécution du travail. Mais si en contribuant à la survenance de l'empêchement, l'employé violait ses devoirs de travail, l'employeur aurait droit en sus à des dommages-intérêts.

Sont par exemple des fautes l'ivresse, une peine privative de liberté et le fait de monter sur un véhicule ou de le quitter en marche. La grossesse hors mariage est-elle une faute ? La question en droit allemand est également très discutée¹. Les avis diffèrent aussi quand il s'agit de savoir si le fait de contracter hors mariage une maladie vénérienne est une faute². Enfin, une cause d'empêchement, telle que la maladie par exemple, non coupable au début, peut le devenir si l'intéressé ne consulte pas son médecin ou ne suit pas les conseils de ce dernier.

§§ 3. Temps relativement court.

Enfin, l'empêchement ne doit durer qu'un temps relativement

¹ Staudinger (Kommentar zum BGB II, p. 1209, rem. 15) et Palandt (BGB, p. 627, ad § 616, 2) estiment qu'une telle grossesse n'est pas coupable. Hueck et Nipperdey (ad § 616, p. 219 et ss.) sont de l'avis contraire.

² Palandt (ad § 616 BGB 2), Planck (ad § 616 BGB 2b) et Oertmann (Deutsches Arbeitsvertragsrecht, ad § 616 BGB 1d) refusent dans un tel cas toute prétention. Nikisch (Arbeitsrecht, p. 102) et Fluhr (p. 39) considèrent avec raison que chaque cas est à étudier pour soi et qu'il faut voir si la maladie est la conséquence d'une négligence grossière ou non.

court¹. Ce temps doit être déterminé d'après les circonstances de chaque cas particulier. Il faut tenir compte de la nature du contrat, de la durée prévue des relations de travail², de l'intérêt de chacune des parties et principalement, comme d'ailleurs le font de nombreux contrats collectifs, de la durée des services jusqu'au moment où survient l'empêchement. Le point faible de la règle, critiqué par l'ensemble de la doctrine³, est l'absence de toute prétention de salaire si l'empêchement dépasse le « temps relativement court ».

Fluhr fait justement remarquer que, si ce temps dans un cas donné est de quatorze jours, un ouvrier empêché de travailler treize jours reçoit son salaire complet alors qu'un ouvrier malade quinze jours n'a droit à aucune rémunération.

§§ 4. Paiement du salaire.

Si les trois conditions sus-indiquées sont remplies, l'ouvrier a droit au salaire qu'il aurait touché s'il n'avait été empêché de travailler. C'est ainsi que, si son congé lui a été notifié avant la survenance de son empêchement, son salaire ne lui sera pas payé après la fin de son contrat.

§§ 5. Imputation sur le salaire.

La prétention de l'employé est diminuée du montant qui lui aurait été versé pour la durée de son empêchement par une assurance légale maladie ou accidents, mais cette disposition est aujourd'hui lettre morte. En effet, le paragraphe 189 RVO prévoit que l'assurance ne verse rien tant que le travailleur reçoit un salaire pendant sa maladie⁴. La doctrine⁵, d'autre part, n'a pas admis (toujours en l'absence de contrat collectif ou de convention contraire au paragraphe 616 alinéa 1) que d'autres dédommagements (de témoins, de jurés, d'experts) soient déduits de la prétention de

¹ En droit suisse au contraire les termes « pendant un temps relativement court » s'appliquent à la durée du paiement du salaire à l'employé et non à la durée de l'empêchement de travailler. Voir ci-dessus le partie, chapitre I, section 1.

² Lotmar, *Der Arbeitsvertrag* II, p. 202.

³ Palandt, ad § 616 BGB; Hueck-Nipperdey, p. 222, note 20; Fluhr, p. 53; Hueck-Molitor-Riezler, *Der Arbeitsvertrag*, p. 159.

⁴ Texte allemand : « ruht der Anspruch auf Kranken- und Hausgeld, soweit der Arbeitnehmer während der Krankheit Arbeitsentgelt erhält ».

⁵ Hueck-Nipperdey I, p. 223; Planck, ad § 616 BGB, 3; Oertmann, ad § 616 BGB, 2.

salaire, car elle estime que le paragraphe 616, alinéa 1, phrase 2 a un caractère exclusif. Certains auteurs sont d'une opinion contraire : Fluhr, par exemple, estime qu'il y aurait ainsi double gain et qu'on ne doit pas tirer d'un empêchement de travail un avantage injustifié¹.

§§ 6. Caractère dispositif du paragraphe 616, alinéa 1 c. c. all.

Toute la doctrine² reconnaît que cette règle de droit est dispositive et bien des contrats collectifs, qu'ils admettent ensuite ou non des exceptions à la règle, usent de la formule : « seul le travail effectivement fourni sera payé³ ». Le paragraphe 616, alinéa 1 peut donc être restreint, élargi, exclu ou l'imputation sur le salaire réglée de n'importe quelle manière. Selon Fluhr⁴, la raison en est que l'on ne peut réglementer impérativement les relations de travail qui peuvent apparaître sous des formes extrêmement diverses. De plus, les employeurs qui ont déjà des charges sociales ne pourraient tous supporter un nouvel effort financier. Les contrats collectifs tendent à répartir les charges entre les assurances et les employeurs.

Juridiquement le paragraphe 616 BGB est considéré comme du droit dispositif parce que le c. c. all. (§ 619) déclare d'autre part exclusivement impératifs les paragraphes 617 et 618, autres dispositions qui concernent également le droit du travail, et ne mentionne pas le paragraphe 616⁵.

§ 4. Paragraphe 616, alinéa 2 du code civil allemand.

Le paragraphe 616, alinéa 2 BGB est une règle spéciale qui ne s'applique qu'aux employés⁶. Elle a été édictée en 1931 pour sauvegarder les intérêts de l'Etat en déchargeant en partie les assurances sociales et elle est aussi aujourd'hui encore en vigueur. Selon cette disposition, les employés ont une prétention de salaire pendant six semaines, à condition qu'une autre durée n'ait pas été prévue par

¹ Ouvrage cité, p. 60.

² Palandt, p. 626 ; Hueck-Nipperdey, p. 224 ; Fluhr, p. 18 ; Kaskel-Dersch, p. 88.

³ En allemand : « Bezahlte wird nur die wirklich geleistete Arbeit ».

⁴ Ouvrage cité, p. 19.

⁵ Dans ce sens Fluhr, p. 61 ; Hueck-Nipperdey, p. 224.

⁶ Ceux qui ne bénéficient de la protection ni du § 63 HGB ni du § 133 Gew. O.

contrat collectif. Au contraire du paragraphe 616, alinéa 1, cette règle spéciale est impérative¹. Vu le silence de la loi, Palandt² estime que l'on peut imputer sur le salaire les montants versés par une assurance légale. Enfin, le paragraphe 616, alinéa 2 n'est valable, selon son texte même, qu'en cas de maladie (à laquelle naturellement on peut assimiler l'accident).

§ 5. Paragraphe 63 du code du commerce³.

Cette disposition spéciale s'applique aux employés de commerce au service d'un commerçant⁴ :

«Si, sans sa faute, l'employé de commerce est empêché de travailler par des circonstances malheureuses⁵, il conserve sa prétention de salaire et d'entretien, mais pas pendant plus de six semaines. Elle ne peut être exclue ou limitée par contrat.

Sa prétention ne peut être diminuée du montant qui lui est versé par une assurance-maladie ou accidents. Une convention contraire à cette disposition serait nulle⁶.»

Cette règle n'exclut pas le paragraphe 616 BGB, mais le précise et celui-ci peut encore trouver son application quand toutes les conditions du paragraphe 63 HGB ne sont pas réunies. Quelles sont ces conditions ? Il ne doit pas y avoir de faute de l'employé ; cette notion est naturellement la même que celle du paragraphe 616 BGB. Mais, d'autre part, l'empêchement doit être dû à des «circonstances malheureuses» et dans cette expression, on ne peut admettre objectivement qu'une maladie, un accident et la maladie ou la mort d'un proche parent. Ainsi une grossesse ne sera une cause d'application du paragraphe 63 HGB que si elle se complique d'une maladie.

¹ Palandt, p. 626 ; Loschke, Arbeitsrecht, p. 78.

² Ouvrage cité, p. 626 ; dans le même sens Maus, Das deutsche Arbeits- und Sozialrecht, p. 240.

³ «Handelsgesetzbuch» de 1861.

⁴ Le § 76 HGB prévoit que le § 63 s'applique aussi aux apprentis.

⁵ Le terme allemand est «Unglück».

⁶ «Wird der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung des Dienstes verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt, jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus. Der Anspruch kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Der Handlungsgehilfe ist nicht verpflichtet, sich den Betrag anrechnen zu lassen, der ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer Kranken- oder Unfallversicherung zukommt. Eine Vereinbarung, welche dieser Vorschrift zuwiderläuft, ist nichtig.»

Nous voyons par là même que le terme «Unglück» est assez mal choisi.

Les conditions sont-elles remplies, l'employé a droit à son salaire pendant six semaines, que cette période soit un temps relativement court ou non. Si l'empêchement durait plus de six semaines et, au vu des circonstances particulières du cas, passait pour relativement court par rapport à la durée du contrat, le salaire pourrait alors encore être exigé sur la base du paragraphe 616 BGB.

Le paragraphe 63 HGB est impératif¹ et il ne permet pas l'imputation sur le salaire du montant éventuel versé par une assurance légale. Ce dernier point est d'une importance secondaire car, comme nous l'avons vu ci-dessus², d'après le paragraphe 189 RVO l'assurance ne verse aucune indemnité tant que le salaire est payé par ailleurs.

§ 6. Paragraphe 133 c, alinéa 2 de l'ordonnance sur l'industrie et les arts et métiers³.

Cette disposition est ainsi rédigée : «Dans le cas 4, le travailleur conserve son droit au salaire pour six semaines quand, sans sa faute, il est empêché par des circonstances malheureuses d'exécuter son obligation. Sa prétention est cependant diminuée du montant qui lui est versé par une assurance-maladie ou accidents légale. La prétention ne peut être exclue ou limitée par contrat⁴». Le chiffre 4 dont il est ici question a la teneur suivante : «quand elles (ces personnes) sont empêchées d'accomplir leur travail à cause d'une maladie persistante, d'une assez longue peine privative de liberté ou d'une absence⁵». Ce n'est qu'à la lecture du paragraphe 133 litt. a que l'on apprend que les personnes visées par ces

¹ Cette disposition a été rendue impérative par une ordonnance du 1er décembre 1930 (RGBl. I, p. 517, 1ère partie, chapitre II, art. 3). Comme nous le dit Fluhr (p. 47) on ne pouvait jusqu'alors déroger qu'au premier alinéa du § 63 HGB.

² Voir § 3, §§ 5.

³ «Gewerbe Ordnung» de 1900 qui s'applique aux employés techniques.

⁴ «In dem Falle zu 4 bleibt der Anspruch auf die vertragsmässigen Leistungen des Arbeitgebers für die Dauer von 6 Wochen in Kraft, wenn die Verrichtung der Dienste durch unverschuldetes Unglück verhindert worden ist. Jedoch mindern sich die Ansprüche in diesem Falle um denjenigen Betrag, welcher dem Berechtigten aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Krankenversicherung oder Unfallversicherung zukommt. Der Anspruch kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.»

⁵ «Wenn sie (im § 133 a bezeichnete Personen) durch anhaltende Krankheit oder durch eine längere Freiheitsstrafe oder Abwesenheit an der Verrichtung ihrer Dienste verhindert werden.»

différentes dispositions sont les employés d'industrie, les contre-mâîtres, les techniciens, les chimistes, les dessinateurs et les employés similaires.

Les paragraphes 63 HGB et 133 c Gew. O sont donc des dispositions parallèles et les considérations émises au sujet de la première sont valables pour la seconde. Si les conditions d'application (absence de faute de l'employé et empêchement dû à un « malheur ») sont réunies, l'employé a droit à son salaire pendant six semaines. Une imputation, selon la lettre de la loi, paraîtrait possible. Il n'en est rien et politiques, a voulu mettre sur le même plan les employés de commerce et ceux de l'industrie et des arts et métiers et n'autorise plus pour ces derniers l'imputation sur leur salaire des prestations éventuelles d'une assurance légale¹.

§ 7. Projet de loi de 1938².

Il est possible que ce projet devienne un jour loi et il est aussi intéressant de le connaître car il tend à améliorer les points faibles de la législation actuelle. Son paragraphe 37 est ainsi rédigé :

1. « Si le travailleur, sans sa faute, est empêché de travailler, il a pour la durée de son empêchement une prétention de salaire pendant un temps relativement court.

2. Un temps relativement court, quand les rapports de travail sont prévus pour un an ou pour un temps indéterminé, est, pour les ouvriers de quatorze jours et, pour les employés, de six semaines. Si le travailleur a reçu son salaire pour ce temps là, il n'a plus de prétention de salaire lors d'un nouvel empêchement dans la même année.

3. L'employeur peut refuser de payer le salaire si, pour la même raison, un dixième de son personnel (mais au moins dix travailleurs) est empêché de travailler.

4. On peut imputer sur le salaire du travailleur ce qu'il écono-

¹ Maus (p. 239) rapporte une partie de la décision de 1939 du tribunal allemand du travail (Reichsarbeitsgericht) : « Für gewerbliche Angestellten muss trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 133 c, Abs. II Gew. O dasselbe gelten. Damit sind die Unterschiede zwischen diesen Bestimmungen (§ 73 HGB und 133 c Gew. O) eingeebnet ». Voir également Loschke, p. 78.

² Voir Siebert, Das Recht der Arbeit, p. 138 et ss.

mise ou reçoit d'autre part, pour autant qu'il n'ait pas à cause de son empêchement des dépenses plus élevées.

5. Si, en raison de l'empêchement du travailleur, les rapports de travail sont résiliés sans délai, le travailleur reçoit cependant son salaire, et tout au plus, jusqu'à l'expiration du délai ordinaire de résiliation.

6. Des modifications de cette prescription ne peuvent être prévues au détriment du travailleur que dans des conventions collectives ou particulières écrites¹».

Lors du décès d'un travailleur, le paragraphe 38 du même projet aurait accordé à sa femme et ses enfants, ou à ses parents s'il les entretenait, les prétentions des alinéas 1 et 2 du paragraphe 37.

Nous voyons que ces textes sont plus détaillés que les dispositions actuellement en vigueur et présentent quelques innovations que d'ailleurs bien des contrats collectifs récents ont reprises. Contrairement au paragraphe 616 BGB, le paragraphe 37 n'exige plus que l'empêchement soit dans la personne du travailleur (ch. 1) mais, pour éviter une trop lourde charge à l'employeur, il lui permet de ne pas payer le salaire lorsqu'une partie considérable de son personnel est empêché de travailler pour la même raison (ch. 3). Ce sera le cas, par exemple, quand la circulation sera arrêtée, quand un moyen de transport en commun aura du retard. Nous ne nous étendrons pas sur cette règle, mais, comme le paragraphe 616 BGB, elle peut prêter à critique et donner lieu à maintes discussions².

¹ 1) Ist der Gefolgsmann schuldlos an der Arbeitsleistung verhindert, so behält er während der Verhinderung den Lohnanspruch für eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit.

2) Als verhältnismässig nicht erhebliche Zeit gelten, wenn im Arbeitsvertrag die Dauer des Arbeitsverhältnisses auf mindestens ein Jahr oder auf unbestimmte Zeit festgesetzt ist, bei Arbeitern vierzehn Tage, bei Angestellten sechs Wochen. Hat der Gefolgsmann für diese Zeit den Lohn erhalten, so steht ihm bei erneuter Verhinderung in demselben Kalenderjahr kein weiterer Lohnanspruch zu.

3) Der Unternehmer kann den Lohn verweigern, wenn aus dem gleichen Grunde ein Zehntel der Gefolgschaft, mindestens aber zehn Gefolgsmänner an der Arbeitsleistung verhindert sind.

4) Der Gefolgsmann muss sich auf den Lohn anrechnen lassen was er aus Anlass der Verhinderung erspart oder von anderer Seite erhält, soweit er nicht infolge des Verhinderungsfalles erhöhte Aufwendungen hat.

5) Wird wegen der Verhinderung des Gefolgsmannes das Arbeitsverhältniss fristlos gekündigt, so behält der Gefolgsmann den Lohnanspruch jedoch höchstens bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.

6) Abweichungen von diesen Vorschriften zu ungunsten des Gefolgsmannes können nur durch Tarif-, Betriebs- oder Dienstordnung oder durch schriftliche Einzelvereinbarung vorgeesehen werden.

² Quid par exemple lorsque plus du dixième du personnel d'une entreprise est empêché de travailler par une épidémie ? Serait-il logique de priver tous ces travailleurs de leur salaire uniquement parce qu'ils sont nombreux à être malades ?

Le paragraphe 37 corrige logiquement la règle actuelle car il accorde un salaire pour une période déterminée même si l'empêchement se prolonge au delà de cette période. L'ouvrier n'aura une prétention de salaire que pour quatorze jours dans la même année, mais une telle règle (trop précise) peut donner lieu à bien des injustices. Le projet de loi permet aussi l'imputation (ch. 4) et, en allant plus loin dans ce domaine que les règles actuelles, est peut-être plus équitable, mais malheureusement cette disposition aurait l'inconvénient de nuire à l'assurance privée. Le paragraphe 37 en dernier lieu veut être impératif contrairement au paragraphe 616 BGB mais en fait il ne le serait que relativement car en son chiffre 6 il permet des dérogations par contrat collectif ou même par conventions individuelles, à condition que ces dernières soient écrites.

§ 8. Les contrats collectifs.

Pour la majorité des travailleurs, le paiement de salaire en cas d'empêchement de travailler fait l'objet de dispositions de contrats collectifs¹. Pour les ouvriers c'est d'ailleurs le seul moyen d'être efficacement protégés puisque le paragraphe 616 BGB, la seule règle qui les concerne, est dispositive.

Le paragraphe 189 RVO influence fortement ces contrats. Il prévoit en effet que l'assurance ne paie rien tant que l'employé a une prétention de salaire. Les contrats collectifs par suite n'accordent, d'une façon générale, plus de salaire lors d'empêchement de travailler. Ils ne donnent droit, à l'employé, qu'à un supplément à l'allocation que lui verse l'assurance. Ce supplément est au maximum la différence entre l'indemnité de l'assurance et 90 % du salaire². Tous les contrats collectifs règlent le paiement du salaire quand il y a empêchement de travailler et leur tendance est de déterminer avec beaucoup de précision les droits des travailleurs.

¹ Les contrats collectifs sont affaires entre parties, mais l'Etat peut leur donner force obligatoire pour toute une branche économique.

² Ceci, comme l'écrit Fluhr (p. 72), résulte d'une circulaire de 1934 du ministre du travail (Rundschreiben des Reichsarbeitsministers 1934 III b, No 15736) qui préconise de ne pas dépasser le 90 % pour que les assurances ne considèrent pas le paiement de ce supplément comme un paiement de salaire.

Un autre caractère de ces contrats modernes est la grande diversité qu'ils présentent dans leurs différentes solutions. Ils s'éloignent, en regard de ces données, tellement de la loi qu'il convient de les étudier et de reprendre leur réglementation point par point.

§§ 1. Causes d'empêchement.

Aucun contrat ne se réfère purement et simplement au paragraphe 616 BGB. Quelques-uns ne font que le mentionner¹. Tous énumèrent les raisons d'empêchements qui donnent lieu au paiement d'un salaire ou d'un supplément aux prestations de l'assurance. Les causes d'empêchement autres que la maladie sont énumérées limitativement. Les solutions sont très diverses et si un contrat n'accorde un droit au salaire que dans le cas de maladie², un autre au contraire l'admet même pour un déménagement ou des noces d'argent³. Il est souvent établi une différence entre les maladies et accidents professionnels et les autres⁴. Fréquemment, si le travailleur meurt des suites de son empêchement (ce qui met fin au contrat de travail), il est alloué un dédommagement à ses survivants⁵ (femme, enfants ou parents s'il les entretenait). Enfin, le cas de grossesse est aussi réglé dans quelques unes de ces conventions collectives⁶.

§§ 2. Absence de faute.

Tous les contrats exigent naturellement qu'il n'y ait dans la cause de l'empêchement aucune faute de l'employé.

¹ Les contrats collectifs pour l'industrie du sucre du 1er août 1949 signalent simplement que la maladie et d'autres causes sont des « empêchements au sens du paragraphe 616 BGB ».

² Le contrat collectif pour les employés d'entreprises membres de certaines associations en Basse Saxe du 1er avril 1949.

³ Le contrat collectif pour les ouvriers de l'industrie meunière (Mühlengewerbe) en Basse Saxe et dans la région de Brême du 1er mai 1950.

⁴ Entre autres, le contrat collectif pour les exploitations agricoles en Basse Saxe du 1er avril 1950 et le contrat collectif pour l'industrie graphique (imprimerie, lithographie, etc.) du 1er juillet 1949 qui, par décision du ministre du travail du 28 mars 1950, a force obligatoire dans les zones occidentales d'Allemagne.

⁵ Les contrats collectifs pour l'industrie du sucre et le contrat collectif pour l'industrie graphique.

⁶ Le contrat collectif pour l'industrie graphique et un projet de contrat collectif pour les travailleurs de l'industrie du caoutchouc en Basse Saxe.

§§ 3. Paiement d'un salaire.

De façon générale, on peut dire qu'un salaire est rarement payé pendant longtemps et que, lorsque la loi ne s'y oppose pas, le travailleur est dédommagé pendant son empêchement par le paiement d'un supplément aux prestations versées par l'assurance.

Lors d'empêchements dus à l'exécution de devoirs civiques ou familiaux, le travailleur a presque toujours droit à son salaire pendant un à trois jours. Les employés, en application des règles impératives légales¹, ont une prétention de salaire de six semaines. Quelques contrats allouent une indemnité aux survivants d'un travailleur dont le contrat est rompu par son décès². Enfin, de rares conventions accordent au travailleur un salaire pendant les premiers jours d'une maladie³, uniquement d'ailleurs si celle-ci est professionnelle.

§§ 4. Paiement d'un supplément aux prestations de l'assurance.

C'est, nous l'avons vu, le cas le plus courant depuis l'entrée en vigueur du paragraphe 189 RVO.

a) Importance de ce supplément.

Le plus souvent il représente la différence entre l'indemnité de l'assurance et le 90 % du salaire courant. Certaines conventions tiennent cependant compte de la durée des services ou de « l'état de famille » du travailleur⁴ ou encore sont plus larges lorsque l'empêchement est dû à une maladie professionnelle⁵ que dans le cas contraire.

¹ Paragraphes 63 HGB et 133 c Gew. O qui emploient le terme « malheur » (Unglück). Voir, par exemple, les contrats collectifs pour les employés de l'industrie du sucre du 1er août 1949 qui mentionnent cette règle.

² Les contrats collectifs de l'industrie du sucre attribuent suivant les circonstances jusqu'à trois mois de salaire.

³ Le contrat collectif pour l'alimentation en Basse Saxe et dans la région de Brême du 1er mai 1950 grâce auquel l'ouvrier au début de sa maladie touche son salaire pendant trois jours. Le contrat collectif pour les ouvriers de l'industrie meunière en Basse Saxe et dans la région de Brême a une disposition analogue.

⁴ Selon le contrat collectif pour l'industrie graphique, un employé célibataire depuis moins de cinq ans dans l'entreprise ne touche que 65 % de son salaire alors que s'il est marié et depuis plus de cinq ans au service de son employeur il a droit aux 90 %.

⁵ Projet de contrat collectif pour l'industrie du caoutchouc en Basse Saxe selon lequel une maladie professionnelle donne droit au supplément dès le 4ème jour de l'empêchement alors qu'un autre accident ne permet à l'ouvrier de toucher ce supplément qu'à partir du 15ème jour après la cessation de son travail.

b) Durée de paiement du supplément.

Elle est extrêmement variable et dépend dans la plupart des cas du temps pendant lequel le travailleur a déjà été au service de l'entreprise¹. A nouveau, les conventions accordent plus d'avantages à l'ouvrier quand son empêchement est dû à une maladie professionnelle : elles lui donnent un droit à une indemnité dès le début de son contrat².

c) Délai d'attente.

En général, pour avoir droit au supplément d'indemnité de l'assurance, l'employé doit avoir travaillé dans la même entreprise pendant plus d'un an mais il y a des exceptions à ce principe³.

d) Commencement du paiement de ce supplément.

La tendance actuelle est de verser ce supplément dès le premier jour d'empêchement, mais cette règle n'est pas générale⁴.

§§ 5. Empêchements réitérés.

Certains contrats collectifs⁵ veulent que l'on tienne compte des empêchements survenus dans la même année et que l'on en fasse un calcul global pour déterminer la prétention de l'employé. Mais cette règle peut donner lieu à des injustices, aussi beaucoup de conventions sont-elles muettes sur ce point et paraissent par là se baser sur une compréhension mutuelle des parties et sur l'équité.

¹ On peut citer comme normes moyennes celles admises par les contrats collectifs de l'industrie du sucre : si la relation de travail a déjà duré
de 1 à 4 ans, paiement du salaire jusqu'à 4 semaines
de 5 à 10 ans, paiement du salaire jusqu'à 6 semaines
plus de 10 ans, paiement du salaire jusqu'à 8 semaines.

² Le contrat collectif pour les exploitations agricoles en Basse Saxe. Le contrat collectif pour l'industrie graphique. Le contrat collectif pour les ouvriers de l'industrie meunière en Basse Saxe et dans la région de Brême.

³ Par exemple, le contrat collectif pour les ouvriers de l'industrie meunière en Basse Saxe et dans la région de Brême ne prévoit aucun délai : le contrat collectif pour l'alimentation en Basse Saxe et dans la région de Brême exige seulement six mois ainsi d'ailleurs que le contrat collectif pour l'industrie laitière en Basse Saxe du 1er mars 1950.

⁴ Le contrat collectif pour l'industrie de l'alimentation en Basse Saxe et dans la région de Brême n'accorde un supplément que dès le 4ème jour d'un empêchement d'ordre non professionnel. Les contrats collectifs de l'industrie du sucre ne donnent ce droit au travailleur que dès le 6ème jour. Cependant, si la maladie dure plus de deux semaines, le supplément est payé dès le 3ème jour et, si elle se prolonge au delà de quatre semaines, dès le 1er jour.

⁵ Entre autres, le contrat collectif pour les exploitations agricoles en Basse Saxe, le contrat collectif pour l'industrie laitière en Basse Saxe du 1er mars 1950 et le contrat collectif pour l'alimentation en Basse Saxe et dans la région de Brême.

§§ 6. Imputations sur le salaire.

De façon générale enfin, les contrats collectifs stipulent que les dédommagements que l'employé toucherait d'autre part du fait de son empêchement de travail, soient déduits du salaire qui lui est versé pour la même raison.

Cette réglementation des contrats collectifs est donc très touffue et très diverse mais cette façon de procéder a l'avantage de pouvoir tenir compte des circonstances particulières à chaque branche économique.

CHAPITRE III

Le droit anglais

Section 1. Le plan Beveridge.

Au début de la dernière guerre mondiale, les services sociaux étaient déjà très développés en Angleterre. Mais la plupart des lois sur lesquelles repose le plan de sécurité sociale actuel ont été édictées après 1945, sur la base du rapport de Lord Beveridge présenté en 1942 et du projet d'assurances sociales du gouvernement soumis à la Chambre des Communes en 1944.

Avant cette récente extension de la sécurité sociale en Angleterre, différentes lois protégeaient déjà les salariés : en 1908 avait été promulguée celle sur les retraites pour la vieillesse, en 1912 une loi sur l'assurance contre le chômage, en 1934 une autre sur l'assistance aux chômeurs qui ne bénéficiaient pas de l'assurance ou avaient épuisé les secours qu'ils en avaient reçus¹. Aux termes d'une première loi², l'ouvrier victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle était protégé et touchait 50 à 75 % de son salaire ; en cas de décès, ses héritiers recevaient une indemnité globale. Le système était complexe, ne protégeait pas toute la population et, partant, pouvait être amélioré.

C'est en pleine guerre, en 1941, que le gouvernement nomma un comité, sous la présidence de Lord Beveridge, « chargé d'entreprendre une étude des assurances sociales et services connexes

¹ La sécurité sociale en Angleterre, p. 11.

² Datant de 1897 ; voir Servoise, le premier plan Beveridge, p. 5.

existants, y compris les indemnités pour accidents du travail...¹» Lord Beveridge présenta en novembre 1942 un plan jugé des plus audacieux. «Le rapport sur les assurances sociales, écrit-il lui-même en 1945, a pour but de mettre l'homme à l'abri du besoin et élabore un plan de sécurité sociale afin d'atteindre ce but... Le plan de sécurité sociale se propose d'obtenir, par un système compréhensif d'assurances sociales, que chaque individu, à condition de travailler aussi longtemps qu'il peut et de payer des contributions sur son gain, ait un revenu suffisant pour assurer, dans les meilleures conditions de santé, sa subsistance propre et celle de sa famille ; ce revenu doit le mettre à l'abri du besoin si, pour une raison quelconque, il ne peut ni travailler ni gagner son pain²».

Ce plan veut mettre ceux qui y sont soumis à l'abri de tous les risques ; il cherche à les protéger contre le chômage, la maladie, les accidents, la vieillesse, la perte d'un soutien et des difficultés pécuniaires découlant de mariages, d'accouchements ou de décès. Il désire leur assurer un minimum vital par l'allocation d'indemnités d'un taux uniforme, sans tenir compte du montant de leur salaire, les assurés payant une cotisation unique et effectuant tous le même versement.

Le plan s'applique à tous les citoyens mais fixe les prestations qu'il assure d'après les différents modes d'existence des intéressés ; à cet effet, il divise la population en six catégories³ : les salariés, les personnes de condition indépendante, les femmes mariées occupées chez elles, les adultes en âge de travailler (étudiants de plus de seize ans, rentiers, femmes célibataires travaillant chez elles), les enfants de moins de seize ans et les personnes ayant dépassé l'âge de travailler (femmes de plus de soixante ans, hommes de plus de soixante-cinq ans).

Le plan Beveridge s'efforce en premier lieu de lutter contre le chômage parce que celui-ci engendre la misère. Pour remédier à ce mal, il faut une politique de «pleine occupation⁴», du travail pour tous, et lord Beveridge pense que «l'on ne peut permettre à ceux

¹ La sécurité sociale en Angleterre, p. 15.

² Beveridge, Du travail pour tous dans une société libre, p. 15.

³ Servoise, le premier plan Beveridge, p. 13.

⁴ «The full employment».

qui reçoivent les indemnités de chômage d'attendre indéfiniment jusqu'à ce qu'ils trouvent le genre de travail auquel ils sont habitués... s'il existe d'autre part, au salaire normal, un emploi qu'ils seraient capables de remplir¹». Ainsi des chômeurs peuvent être professionnellement réadaptés et devoir changer de métier, et même de résidence, pour être employés au mieux.

Pour que la sécurité sociale protège équitablement chacun et porte ses fruits, le plan Beveridge prévoit, à côté de la lutte à outrance contre le chômage, l'attribution d'allocations pour les enfants car «il est impossible, expose-t-il, d'obtenir, pour des familles plus ou moins nombreuses, un minimum vital tant que les salaires resteront basés sur le produit du travail d'un seul homme, au lieu de l'être sur le nombre de ses enfants²».

Le plan suppose enfin l'existence d'un service national de la santé. Ce dernier offre ses prestations à toutes les personnes résidant en Grande-Bretagne et ce, sans aucun délai de stage ni d'attente³.

Pour financer la sécurité sociale, Lord Beveridge préconisait une participation commune de l'employeur, de l'employé et de l'Etat.

Le Gouvernement britannique discuta et modifia parfois les vues de Lord Beveridge mais, dans ses grandes lignes, son plan fut accepté. Nous ne pouvons ici établir de comparaison entre le projet de Lord Beveridge, le projet du gouvernement et la législation actuelle. Nous nous bornons à exposer succinctement cette dernière en insistant plus particulièrement sur les indemnités auxquelles ont droit les travailleurs lorsqu'ils sont victimes d'un accident ou d'une maladie.

Section 2. La législation en vigueur.

L'ossature légale de la sécurité sociale anglaise est formée des textes suivants :

Loi du 15 juin 1945 sur les allocations familiales.

¹ La sécurité sociale en Angleterre, p. 20.

² La sécurité sociale en Angleterre, p. 23.

³ RIT 1947 I, p. 155.

Loi du 26 juillet 1946 sur l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Loi du 1er août 1946 sur l'assurance contre la maladie, la maternité, la vieillesse et le chômage.

Loi du 6 novembre 1948 pourvoyant à l'établissement d'un service général de santé.

Loi du 13 mai 1948 sur l'assistance nationale¹.

Ce dernier texte complète le système de l'assurance : les services de l'assistance interviennent au moment où les prestations des assurances ne sont pas suffisantes. Ils peuvent porter secours, par exemple, aux assurés qui, n'ayant pas versé régulièrement leurs cotisations, ne touchent pas une pleine indemnité, à ceux qui ont besoin de soins exceptionnels ou aux chômeurs qui, après une certaine période, n'ont plus droit à leur indemnité d'assurance².

Les prestations sont établies sur la base d'un minimum vital et non, comme en France³, en fonction du salaire de l'assuré ; celles offertes lors d'accidents du travail ou de maladies professionnelles sont les plus élevées⁴.

Le financement de la sécurité sociale est assuré par les cotisations des employeurs et des employés mais aussi grâce à la participation de l'Etat. Les cotisations ne sont pas uniquement fonction du salaire mais varient selon la catégorie à laquelle appartient l'assuré : elles sont, par exemple, plus élevées pour les hommes que pour les femmes et les enfants et elles sont réduites pour les travailleurs qui ont un faible salaire, mais augmentées pour leurs employeurs⁵.

§ 1. Accidents et maladies professionnels.

L'indemnité pour un accident du travail ou une maladie professionnelle n'est versée qu'aux salariés. Ceux-ci y ont droit pendant vingt-six semaines⁶. Ils ne la touchent cependant pas pendant les

¹ RIT 1949 I, p. 738 ; Britain 1949-50, p. 103.

² Servoise, le premier plan Beveridge, p. 22.

³ Voir ci-dessus chapitre I.

⁴ Britain 1949-50, p. 103 et 104 : l'indemnité hebdomadaire, quand il s'agit d'un accident du travail est de 45 shillings ; l'indemnité de base de maladie, de chômage ou de vieillesse est, elle, de 26 shillings par semaine.

⁵ La sécurité sociale : étude internationale, p. 273.

⁶ RIT 1949 II, p. 38.

trois premiers jours de leur empêchement si celui-ci ne dépasse pas douze jours. Si cet empêchement se prolonge au delà de vingt-six semaines, l'indemnité devient une rente d'invalidité qui n'a pas de limite dans le temps mais varie avec le degré d'incapacité¹. L'indemnité est aussi fonction de la catégorie dans laquelle est classée la personne victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : elle est moins élevée pour des jeunes gens sans charge de famille et plus importante pour des salariés qui ont des enfants ou des parents à leur charge.

Si l'accident ou la maladie entraîne le décès de la personne assurée, son conjoint (ou ses enfants ou des parents privés de son soutien) a droit à une allocation.

§ 2. Accidents et maladies non professionnels.

Lorsque la maladie ou l'accident dont elle est victime ne sont pas dus à l'activité professionnelle de la personne assurée², les prestations de l'assurance dépendent des cotisations qui ont été versées³. Si vingt-six cotisations hebdomadaires ont été payées par le salarié depuis son inscription à l'assurance et cinquante payées par lui ou versées à son compte au cours de la dernière année de cotisations, l'assurance effectue ses prestations pendant cinquante-deux semaines ; si cent cinquante-six cotisations hebdomadaires ont été versées à l'assurance, celle-ci accorde indemnité pendant une durée illimitée. Lorsque les cotisations nécessaires n'ont pas toutes été versées, l'allocation est réduite proportionnellement.

Comme dans le cas des accidents du travail, il est prévu un délai de carence de trois jours lorsque l'empêchement ne dépasse pas douze jours. De même, l'indemnité n'est pas proportionnée au salaire de l'assuré mais est plus ou moins élevée suivant la catégorie

¹ Si l'invalidité est de 100 %, le montant de la rente est plus élevé que celui de l'indemnité versée pendant les 26 premières semaines ; voir *La sécurité sociale en Angleterre*, p. 42.

² Toutes les personnes exerçant une activité professionnelle sont protégées par l'assurance-maladie.

³ *La sécurité sociale : étude internationale*, p. 173.

à laquelle il appartient. Les personnes qui n'ont pas de ressources suffisantes peuvent profiter des secours de l'assistance nationale¹.

Si la personne assurée meurt des suites de son accident ou de sa maladie, son conjoint a droit à des allocations dont le montant varie avec les cotisations payées et le nombre des enfants privés de soutien.

¹ La sécurité sociale : étude internationale, p. 173.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT FUTUR

Section 1. Projet de loi visant à améliorer l'article 335 c. o.

L'office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail a publié en décembre 1950 un projet d'une loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires qui tend à modifier certaines dispositions du code des obligations et à compléter la LAMA. Son article 85, chiffre 4 est ainsi rédigé :

«L'article 335 a désormais la teneur ci-après :

1. Si le contrat de travail a été conclu pour plus de six mois ou a duré plus de six mois ou si le délai de congé stipulé est de deux mois au moins, l'employé a droit à son salaire pour un temps relativement court, nonobstant même toute convention contraire, lorsqu'il est empêché de travailler, sans sa faute, pour cause d'accident, de maladie, de service militaire obligatoire en vertu de la législation fédérale (service de protection aérienne compris) ou pour telle autre cause analogue.

2. A moins que les parties n'aient convenu d'un temps plus long, le salaire est dû pour deux semaines ou, si le contrat a duré plus d'une année, pour une plus longue période proportionnée équitablement à la durée du contrat.

3. Sont réservées les prescriptions fédérales spéciales concer-

nant la perte du droit au salaire en cas d'accident, de maladie ou de service militaire».

Ce texte n'est pas essentiellement différent de l'article 335 c. o. Il présente l'avantage de ne plus baser la prétention de salaire de l'employé sur l'existence d'un «contrat conclu à long terme». La nouvelle condition est un contrat conclu depuis six mois au moins ou un délai de résiliation de deux mois qui prouve lui aussi l'intention très nette des parties au contrat de travail d'être unies par des liens durables. L'étendue de la prétention de l'ouvrier est mieux déterminée que dans la loi en vigueur : elle est d'au moins deux semaines et, dès que le contrat a duré plus d'une année, proportionnée à sa durée effective. La nouvelle disposition serait impérative et s'appliquerait, sans faute de la part de l'employé, dans les mêmes cas que l'actuel article 335 c. o. L'article 85 du projet, en ses chiffres 13 et 14, contient une série de règles dont le but est d'empêcher d'éluder la loi. Nous les reproduisons en partie sans avoir besoin de les commenter :

«Les articles suivants sont introduits après l'article 351 :

A. Un article 351a sous le titre marginal :

«6. Résiliation en temps inopportun ; a. Conditions».

1. Après le temps d'essai, l'employeur doit s'abstenir de dénoncer le contrat ;

a. Pendant que l'employé accomplit du service militaire obligatoire en vertu de la législation fédérale (service de protection aérienne compris), ainsi que durant les deux semaines qui précèdent et les deux semaines qui suivent ce service ;

b. Au cours des quatre premières semaines d'une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident dont l'employé est victime sans sa faute ; cette période est portée à huit semaines dès la deuxième année d'emploi ;

c. Au cours des huit semaines qui précèdent et des huit semaines qui suivent l'accouchement d'une employée.

.

3. Lorsqu'au début d'une des périodes prévues à l'alinéa 1, le contrat a déjà été dénoncé sans que le délai de résiliation soit encore

expiré, il est suspendu jusqu'à la fin de cette période. Si, après avoir repris son cours, le délai n'expire pas au terme de congé légal ou contractuel, il est prolongé de plein droit jusqu'à ce terme.

B. Un article 351b sous le titre marginal :

«b. Conséquences» :

1. Lorsque l'employeur a résilié le contrat en violation de l'article 351a et qu'il refuse d'occuper l'employé après la période inopportune, le salaire est dû pendant cette période et le délai de congé subséquent. Il est cependant diminué de toutes autres prestations que l'employé reçoit pour la période inopportune.

.

Les articles suivants sont introduits après l'article 351b :

A. Un article 351c sous le titre marginal :

«7. Résiliation abusive ; a. Conditions».

1. Après le temps d'essai, la résiliation du contrat par l'employeur est réputée abus de droit lorsqu'il est prouvé ou qu'il ressort sans équivoque des circonstances qu'elle a principalement pour motif :

a. Un service militaire obligatoire de l'employé (service de protection aérienne compris) ;

b. L'acceptation ou l'exercice d'une charge publique par l'employé ;

c. Les convictions religieuses de l'employé ;

d. Le fait que l'employé appartient ou non à un groupement licite, de nature politique ou autre ;

e. Une activité licite exercée par l'employé hors de l'entreprise en vue de défendre des intérêts politiques ou professionnels ;

f. L'accomplissement des devoirs qui incombent à l'employé au sein d'une délégation du personnel de l'entreprise ;

g. L'exercice par l'employé de ses droits légaux ou contractuels.

.

B. Un article 351d sous le titre marginal :

«b. Conséquences» :

1. L'employé ou l'employeur qui tient la résiliation pour abu-

sive peut faire opposition, dans les dix jours et par écrit, auprès de l'autre partie. Si le contrat n'est pas maintenu par entente entre parties, il prend fin à l'expiration du délai de congé ; toutefois, si la partie lésée a formé opposition de façon valable, elle peut réclamer une indemnité.

2. Cette indemnité est égale au salaire d'un mois au moins et de six mois au plus s'il s'agit de personnel de bureau, de techniciens ou d'employés similaires, de deux semaines au moins et de douze semaines au plus s'il s'agit d'autres employés. Si les parties ne s'entendent pas sur le montant de l'indemnité, le juge le fixe en tenant compte de la gravité de la faute, de l'importance du dommage, de la durée de l'emploi, de la condition sociale de l'employé, de son rôle dans l'entreprise, ainsi que de la situation économique de l'employeur.

3. L'action en indemnité doit être intentée devant le juge, sous peine de déchéance, dans les trente jours dès la fin du contrat».

L'article 85 de ce projet de loi est étroitement lié à l'article 132 du même projet selon lequel toutes les personnes soumises au nouveau droit devraient être assurées par leurs employeurs¹ contre les accidents professionnels et non professionnels². Il est donc dans l'intention du législateur d'agrandir notablement le cercle des travailleurs qui doivent être assurés et, par là même, mieux protégés lorsqu'un accident les empêche de travailler. Nous ne comprenons d'ailleurs pas pourquoi on envisage une «assurance-accidents» alors qu'il serait beaucoup plus logique et équitable de créer une «assurance-risques professionnels».

Section 2. Faut-il modifier l'article 335 ?

§ 1. Critique du droit en vigueur.

L'article 335 c. o. est suranné et ne tient pas compte de l'évolution sociale qui s'est produite en Suisse comme ailleurs. Faut-il

¹ Selon l'article 154, si ce dernier « a satisfait à l'obligation d'assurer son personnel et payé les primes dont il est tenu, l'employé n'a droit à aucun salaire en cas de dommage ».

² Tous les ouvriers et employés qui travaillent dans les entreprises ou parties d'entreprises soumises à la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat, le commerce, les transports et les branches économiques similaires doivent être assurés par leur employeur contre les accidents professionnels et non professionnels, à moins qu'ils ne soient déjà assurés obligatoirement auprès de la caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (caisse nationale), en vertu des articles 60, 60bis et 60ter LAMA.

le modifier ? Faut-il le remplacer par une série d'autres dispositions légales ? Ce sont les questions auxquelles nous répondrons en conclusion de notre travail. Bornons-nous maintenant, au vu de la jurisprudence, de la doctrine, et surtout des besoins sociaux et de l'équité, à relever ses lacunes.

La disposition légale ne s'applique ou mieux ne devrait s'appliquer, si on en faisait un juste emploi, qu'aux employés liés par un «contrat de travail à long terme». Or précisément, un tel contrat n'est conclu généralement qu'avec des employés (dans le sens étroit du terme) ou même des employés supérieurs et ce sont eux qui ont le moins besoin de la protection de la loi puisque leur salaire, plus élevé que celui d'employés subalternes ou d'ouvriers, leur permet de prendre eux-mêmes les précautions nécessaires pour être à l'abri des conséquences d'un empêchement de travailler. L'article 335 c. o. devrait favoriser un plus grand nombre de travailleurs que ceux qu'il toucherait aujourd'hui si on en faisait une juste interprétation¹.

L'article 335 c. o. protège l'ouvrier lorsque, sans faute de sa part, il est empêché de travailler par la maladie, le service militaire ou des causes analogues. L'absence de faute de l'employé doit rester une condition «sine qua non» de sa protection par la loi. Quant à la maladie et au service militaire, ce sont deux empêchements de travailler essentiellement différents. Le service militaire est souvent prévisible, la maladie ne l'est généralement pas : certains employeurs engageront plutôt des employés qui ne doivent pas faire de service si le régime des allocations pour perte de salaire et de gain est supprimé. Or, ce régime actuellement remplit sa fonction avec d'heureux résultats dans les cas où l'employé accomplit une période de service militaire². Il faut d'autre part être conscient que la défense nationale intéresse l'ensemble de la population et que, par suite, tous les employeurs doivent faire un sacrifice et non seulement ceux qui ont des employés aptes au service. Pour ces diverses raisons, nous envisagerons d'ériger en règle de droit durable le système actuel d'allocations pour perte de

¹ Une partie de la doctrine et la jurisprudence font à tort une interprétation extensive de cette disposition : voir ci-dessus 1^{ère} partie, chapitre II, section I, sous-section 2, § 2, litt. c.

² Voir ci-dessus 1^{ère} partie, chapitre II, section 2, sous-section 1, § 2, §§ 1.

salaire. Le principe de solidarité trouvera ici une parfaite application. La disposition qui remplacera l'article 335 ne s'appliquerait donc plus que lors d'empêchements dus à la maladie ou à une cause analogue à la maladie ou au service militaire.

Le paiement de son salaire complet à l'ouvrier empêché de travailler est un principe désuet ; il donne lieu à des abus¹ et c'est lui d'ailleurs qui limite la protection de l'ouvrier à un « temps relativement court » et crée pour l'employeur des charges que l'on pourrait diminuer ou dont on pourrait faire un meilleur emploi. Ce « temps relativement court » pendant lequel l'employé ne perd pas son droit au salaire, est d'ailleurs une notion trop vague qui conduit à une certaine insécurité juridique.

Il est regrettable que l'article 335 c. o. ne soit pas actuellement une règle impérative. Il est à souhaiter qu'elle le devienne pour mieux protéger l'employé, toujours à condition que la nouvelle disposition ne s'applique que lorsque l'empêchement de travailler est dû à une maladie ou à une cause analogue à la maladie ou au service militaire et que le régime des allocations pour perte de salaire et de gain subsiste. Sous sa forme actuelle, le travailleur hésite en effet à s'en prévaloir pour ne pas entrer en conflit avec son employeur. Il faudrait, de plus, compléter la loi par des dispositions régissant le droit de résiliation et l'abus de ce droit, ce que le législateur semble vouloir faire². Cette disposition présente d'autres inconvénients : sa protection est très limitée dans le temps³ et elle est offerte à l'employé au début de son empêchement de travailler, précisément quand il en a le moins besoin. Enfin, si l'employé meurt, l'employeur n'a plus aucune obligation parce que la loi n'accorde pas de protection aux personnes entretenues jusque là par la victime. Il faudra, lors de l'élaboration de la nouvelle règle légale, tenir compte dans la mesure du possible de ces différentes lacunes et de celles que nous avons signalées ci-dessus en parlant de l'article 130 LAMA⁴.

¹ Christen, p. 13.

² Voir ci-dessus section 1.

³ Même avis : Canner, p. 74 ; Schwartz, p. 63 ; Christen, p. 19.

⁴ Voir ci-dessus IIe partie, chapitre III, section 1.

§ 2. Point de vue de la doctrine.

§§ 1. Critique de la disposition actuelle.

La plupart des auteurs critiquent la règle de l'article 335 c. o. et indiquent dans quelles directions on peut envisager sa modification mais seul Sontheim¹ essaie réellement de donner une solution constructive et positive. Le problème est extrêmement délicat et la doctrine, dans ses critiques, n'a pas osé s'aventurer dans la recherche d'une solution précise.

Tous les auteurs² désirent la suppression ou le remplacement de la première condition d'application de l'article 335 c. o. : le «contrat conclu à long terme» doit devenir un contrat qui a déjà duré un certain temps, six mois pour Katz, un mois pour Sontheim. Chacun estime que l'absence de faute de l'ouvrier doit demeurer à la base de la disposition légale et que les causes d'empêchement peuvent être maintenues. Les avis sont aussi unanimes³ à ne vouloir reconnaître à la nouvelle disposition légale sa raison d'être que si elle est impérative : l'employé ne doit pas pouvoir renoncer à sa prétention lors de la conclusion du contrat ou pendant son exécution et il faut, pour empêcher d'éluder la loi, modifier le droit de résiliation ou disposer que la prétention demeure même si le contrat est résilié après le début de l'empêchement de travailler.

L'accord, au contraire, est loin d'être complet quand il s'agit de savoir si le temps d'empêchement pendant lequel le salaire est dû à l'employé doit être «relativement court» ou fixé numériquement. Canner⁴ et Schweingruber⁵ veulent plus de sécurité dans le droit et demandent qu'il soit déterminé. D'autres auteurs⁶, par contre, estiment que, pour laisser à la loi toute sa souplesse et au juge une certaine liberté d'appréciation, la formule actuelle doit être maintenue ou éventuellement remplacée par «temps proportionné», formule générale qui permet aussi de tenir compte des circons-

¹ Ouvrage cité.

² Entre autres : Canner, p. 70 ; Sontheim, p. 82.

³ Schweingruber, p. 59 ; Schneberger, p. 76 ; Reinert, p. 49.

⁴ Ouvrage cité, p. 71.

⁵ Ouvrage cité, p. 51 et 52.

⁶ Par exemple Katz dans sa thèse.

tances particulières pour arriver à une solution équitable dans la détermination de la prétention de salaire.

§§ 2. Aperçu de quelques solutions proposées.

L'inconvénient majeur de l'article 335 c. o. est le risque qu'a l'employé à faire valoir sa prétention. Schweingruber¹ et Schneeberger², entre autres, voudraient que la protection de l'employé ne réside pas dans les règles du contrat individuel de travail mais plutôt dans un rapport de droit public créé par une assurance obligatoire et existant entre l'institution d'assurance, l'employeur et l'employé. Ainsi le travailleur n'éprouverait-il plus aucune crainte et ne courrait-il aucun risque de perdre sa place à faire valoir sa prétention contre l'assurance. Canner³ également voit la solution du problème dans une assurance étatique ou même privée si cette dernière accorde des avantages équivalents à ceux de la première : l'employé serait mieux protégé et l'employeur aurait moins de risques.

Enfin, si on édicte deux nouvelles règles semblables aux articles 335 c. o. et 130 LAMA, Canner⁴, comme Katz l'avait d'ailleurs déjà fait, propose que l'employeur puisse déduire du salaire qu'il devrait à son employé les prestations de l'assurance dans une mesure correspondant à sa participation personnelle aux primes.

Christen⁵ soulève des problèmes importants, principalement celui des personnes qui ne peuvent être assurées ou qui ne peuvent l'être que partiellement. Celles-ci sont une très lourde charge financière (cinquante fois plus grande que celle représentée par les personnes en bonne santé⁶). Il n'est donc pas possible, selon cet auteur, de les assurer dans la même mesure que les autres et il lui paraît équitable et raisonnable de ne leur accorder que des prestations réduites, sinon il en résulterait une sorte de charge sociale d'invalidité. Une assurance-invalidité existe d'ailleurs en l'espèce de l'assurance-

¹ Reform des Art. 335, p. 59.

² Ouvrage cité, p. 76.

³ Ouvrage cité, p. 74.

⁴ Ouvrage cité, p. 72 ; voir également Christen, p. 17.

⁵ Ouvrage cité, en particulier p. 17 et ss.

⁶ Ouvrage cité, p. 18.

tuberculose¹ qui exécute ses prestations pendant trois ans, c'est-à-dire pendant une période infiniment plus longue que n'importe quel « temps relativement court » de l'article 335 c. o. Au vu de cette loi, on imagine aisément les énormes charges qui pourraient naître si on voulait assurer absolument tous les travailleurs. Christen estime d'autre part² que l'article 335 c. o. n'est pas heureux parce que, comme nous l'avons vu³, le paiement de 100 % du salaire représente un certain danger et aussi parce que les travailleurs ont droit à un dédommagement même pour un empêchement de travailler très court de deux ou trois jours.

Examinons enfin succinctement la solution proposée par Sontheim⁴. La loi, pour lui, devrait avoir la teneur suivante :

« L'employé a, dans le deuxième mois de ses rapports de service (Dienstverhältnisse), quand il est empêché de travailler sans sa faute par la maladie, une prétention à son salaire complet pendant au moins deux semaines.

S'il veut faire valoir une prétention tendant au paiement de ce salaire, il est tenu de s'assurer auprès d'une caisse-maladie reconnue qui lui assure depuis le seizième jour de son empêchement au moins 60 % de son salaire pour les cent soixante-cinq jours suivants ».

Sontheim estime que la nouvelle réglementation doit atteindre tous les travailleurs et que les risques doivent être répartis entre l'employeur et l'assurance et les charges entre l'employé et l'employeur. Ce dernier lors d'un empêchement paie son salaire à l'employé pendant deux semaines, à condition qu'il se soit assuré pour être ensuite dédommagé par l'assurance. Autres avantages de cette réglementation selon Sontheim : l'employeur s'épargne du travail administratif puisque c'est l'employé qui a la responsabilité de s'assurer et le travailleur reçoit son indemnité de l'assurance, même s'il est sans emploi dès le seizième jour de maladie. L'inconvénient est qu'on ne tient plus compte de la durée du contrat de travail jusqu'au moment où survient l'empêchement de l'ouvrier de fournir sa prestation.

¹ Ordonnance II du 16 juin 1947 ; voir Christen, p. 20.

² Ouvrage cité, p. 5.

³ Ci-dessus § 1.

⁴ Ouvrage cité, p. 72 et ss.

§ 3. Solutions étrangères.

Dans certains pays (Espagne, Belgique, Australie, Suède), une partie de la population ou toute la population est assurée obligatoirement. Dans d'autres (Hollande, Tchécoslovaquie, Norvège), seuls les travailleurs ou une partie de ceux-ci le sont¹ (ceux d'entreprises déterminées ou les salariés économiquement faibles). Les travailleurs aussi bien que les employeurs et aussi parfois l'Etat contribuent au financement de l'assurance. Souvent les prestations de l'assurance ne sont offertes qu'après un stage et un délai d'attente². Les indemnités de chômage sont versées pendant des périodes de longueur très variable (Belgique, trois cents jours ; Hollande, cent quatre-vingts jours ; Espagne, vingt-six semaines³).

Nous avons étudié, de manière plus détaillée, les droits français, anglais et allemand⁴ en la matière, les premiers parce que la France et la Grande-Bretagne font un très grand effort en matière de politique sociale et le droit allemand parce qu'il est la source de notre droit en vigueur. Nous en faisons ici une rapide synthèse afin d'avoir en main tous les éléments nous permettant de proposer une nouvelle disposition légale.

Le système français de sécurité sociale fait à juste titre une distinction selon que les accidents et maladies sont professionnels ou non. Dans le premier cas, tous les soins médicaux, pharmaceutiques et d'hospitalisation sont à la charge de l'assurance et une indemnité de chômage de la moitié du salaire pendant un mois, et des deux tiers ensuite, est versée à la personne assurée. En outre, le conjoint d'une personne décédée touche une rente viagère. Tous les salariés doivent être assurés.

D'autre part, chaque travailleur (dans le sens large du terme) est assuré contre les risques d'accidents et de maladies non professionnels. L'assurance lui rembourse 80 % de ses frais médicaux et pharmaceutiques et lui verse dès le quatrième jour de son empêchement une indemnité de chômage égale à la valeur de la moitié

¹ Voir ci-dessus le droit étranger : IIe partie.

² Voir la définition de ces termes ci-dessus : Ie partie, chapitre III, section I.

³ Données de Sontheim, p. 71.

⁴ Ci-dessus IIe partie.

de son salaire. Si le travailleur meurt des suites de sa maladie ou d'un accident non professionnels, ses survivants reçoivent une indemnité correspondant au salaire d'un mois et demi de la personne décédée.

Le système français est étatique et entraîne des charges sociales arrivant à dépasser 35 % du salaire mais, basé sur le principe d'une solidarité nationale, il a la prétention d'effectuer une certaine compensation entre les éléments riches et les éléments pauvres de la nation et de venir en aide au plus humble.

Les caractéristiques du droit anglais sont souvent les mêmes que celles du droit français : il innove lui aussi ; il distingue, pour le paiement d'indemnités aux personnes assurées, les accidents et maladies professionnels et les autres ; si le travailleur accidenté ou malade meurt des suites de son accident ou de sa maladie, les personnes privées de son soutien ont droit à un dédommagement. Mais le droit anglais diffère d'autre part du droit français par son organisation d'un service national de la santé et par ses moyens plus développés de combattre le chômage.

L'évolution du droit allemand est plus lente que celle des droits français et anglais et sa base se trouve encore dans des dispositions anciennes (§§ 616 BGB, 63 HGB et 133 Gew. O) mais la tendance générale est de déterminer le paiement de salaire lors de maladies ou d'accidents par contrats collectifs¹. Les ouvriers et les employés ne sont pas traités sur un pied d'égalité : des règles spéciales avantageant les employés de commerce (§ 63 HGB) et les employés techniques (§ 133 Gew. O) et elles ont encore leur influence sur les contrats collectifs. Ceux-ci sont seuls à protéger efficacement les ouvriers car le paragraphe 616, alinéa 1 BGB (unique disposition qui les concerne) est dispositif ; ils permettent, d'autre part, de modifier la règle impérative du paragraphe 616, alinéa 2 BGB établie en faveur des employés. Ces conventions ont tendance à régler dans les plus petits détails les droits des ouvriers et leur accordent plutôt qu'un salaire un supplément à l'indemnité de chômage versée par une assurance-maladie légale obligatoire. Enfin presque tous dis-

¹ Voir ci-dessus IIe partie, chapitre II.

tinguent les accidents professionnels de la maladie et, lors de la mort de la personne assurée, offrent à ses survivants le salaire auquel elle aurait eu droit si elle n'était décédée des suites de sa maladie ou de son accident.

Section 3. Teneur d'une nouvelle disposition légale.

Pour essayer de parvenir à l'élaboration d'une réglementation équitable dans le domaine qui fait l'objet de notre travail, différentes voies se présentent au législateur. Ces possibilités sont contenues entre les limites extrêmes du maintien pur et simple de l'actuel article 335 c. o. et de la promulgation en Suisse d'un régime de sécurité sociale. Cette dernière hypothèse présenterait l'avantage, en protégeant chacun, de mettre sur un pied d'égalité théorique tous les salariés, voire tous les travailleurs du pays. Les charges financières particulièrement lourdes que représentent les personnes fréquemment malades ou partiellement aptes au travail seraient supportées par l'ensemble de la population. Les employés n'auraient aucune crainte à faire valoir leur prétention contre l'assurance car elle découlerait d'un rapport de droit public et non plus d'un contrat individuel. L'organisation de ce régime serait similaire à celui de la sécurité sociale française par exemple, ou à celui de nos caisses de compensation militaires, et aurait comme principe de base une solidarité nationale intégrale.

Un tel bouleversement de notre droit n'est guère probable. Le peuple suisse n'est pas fait à cette idée et l'opposition serait trop vive dans les milieux patronaux : les charges sociales en Suisse sont relativement faibles, elles peuvent subir une augmentation mais celle-ci doit être progressive. Dans la mesure du possible, il faut éviter de favoriser l'ingérence de l'Etat dans tous les domaines. Si elle voit le jour, une assurance collective organisée par l'Etat ne sera le résultat que d'une lente évolution.

Nous envisageons donc de reprendre l'article 335 c. o. mais de le modifier au vu, en particulier, de la doctrine, de la jurisprudence et du droit étranger. Il nous faut tenir compte dans nos propositions de différents facteurs : si on élargit et complète l'article 335 c. o.,

l'inconvénient demeurera souvent pour l'ouvrier de devoir faire valoir sa prétention contre son employeur, mais dans une moindre mesure cependant qu'aujourd'hui¹ ; les charges sociales sont assez faibles actuellement en Suisse si l'on est conscient du fait qu'elles atteignent en Belgique 28 % et en France plus de 35 % du salaire, et elles peuvent donc y être augmentées dans une certaine proportion ; enfin, les travailleurs « inassurables » ne pourront jouir de la protection d'une assurance-maladie et trouveront plus difficilement que les autres un emploi.

Nous avons vu que le régime des allocations pour perte de salaire et de gain donne pleine satisfaction² et qu'il peut être prolongé moyennant pour l'employeur une charge correspondant à 0,5 % des salaires qu'il verse à ses employés³. Nous proposons donc de le maintenir : ce sera un grand avantage pour les personnes astreintes au service militaire que l'on n'hésitera plus ainsi à engager. La charge supplémentaire sera supportée par tous et non plus seulement par ceux qui emploient des ouvriers aptes au service.

Nous proposons également d'appliquer un nouveau régime aux employés victimes de maladies professionnelles ou d'accidents du travail. Tous les travailleurs à notre avis doivent être obligatoirement assurés par les employeurs contre les risques inhérents à leur emploi. Dans les pays étrangers, on tend à garantir une réparation intégrale des préjudices subis lors de l'accomplissement du travail. La base existerait déjà chez nous puisque, pour beaucoup, il est obligatoire d'être assuré auprès de la caisse nationale. Mais il est préférable de laisser l'employeur assurer son personnel où il le désire, auprès de caisses d'assurances privées en particulier⁴, à condition que celles-ci offrent toutes les garanties voulues. Les primes seront proportionnelles aux risques propres aux différentes entreprises et les prestations de l'assurance compenseront tous les frais provoqués par la maladie ou l'accident et aussi les prestations

¹ Dans notre solution l'ouvrier victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle aurait une prétention contre une caisse d'assurance et non contre son employeur.

² Ci-dessus § 1.

³ Ci-dessus le partie, chapitre II, section 2, sous-section 1, § 2, §§ 1.

⁴ Le législateur le prévoit d'ailleurs quand il écrit à l'article 132, chiffre 2 de son récent projet : « Peuvent exploiter l'assurance-accidents au sens de la présente loi les entreprises d'assurance (assureurs) qui y sont autorisés par le Conseil fédéral ; les détails seront réglés par voie d'ordonnance ».

que devrait l'employeur à son employé en application de la règle appelée à remplacer l'article 335 c. o. Un des avantages de ce système serait pour l'employé, lors d'une maladie ou d'un accident professionnel, de ne plus avoir de prétention contre son employeur mais contre la caisse d'assurances.

La disposition remplaçant l'article 335 c. o. ne s'appliquera donc plus qu'aux employés empêchés de travailler par la maladie et un accident non professionnels, des devoirs familiaux ou civiques ou par une cause analogue. Comment dans ce cas modifier cette règle de droit ? Un contrat conclu à long terme ne doit plus être une condition d'application de la loi. Celle-ci devant s'appliquer si le contrat de travail est prévu pour plus de six mois, a duré plus de six mois ou si son délai de congé est de plus de deux mois. Un grand nombre de travailleurs est ainsi atteint et, d'autre part, l'avantage de l'employé engagé «à long terme» subsiste car il a droit à son salaire même s'il est empêché de travailler au début de son contrat. L'absence de faute du salarié demeure naturellement une condition «sine qua non» d'application de la loi.

Lorsque toutes les conditions sont remplies, l'employeur doit à l'employé une partie de son salaire (50 à 70 %) pendant un temps relativement court que nous fixons numériquement mais en laissant une marge pour pouvoir tenir compte de différents facteurs et de circonstances particulières car la loi est d'autre part impérative.

Pour éviter que celle-ci soit éludée, la prétention en faveur de l'employé empêché de travailler demeure même si l'employeur résilie le contrat après le début de l'empêchement. Si l'employé meurt des suites de sa maladie, ses survivants, malgré la rupture du contrat de travail, pourront faire valoir sa prétention en leur faveur. Enfin, comme nous l'avons exposé¹, les contrats collectifs doivent permettre de modifier la règle légale. Nous formulons ainsi la nouvelle disposition :

«Si le contrat de travail a été conclu pour plus de six mois, a duré plus de six mois ou si son délai de résiliation est de plus de deux mois, l'employé a droit à son salaire lorsque, sans faute de sa

¹ Voir ci-dessus section 2.

part, il est empêché de travailler pour cause de maladie ou d'accidents non professionnels, de devoirs civiques ou familiaux ou pour une cause analogue.

Son salaire lui est dû (ou à ses héritiers s'il meurt des suites de sa maladie) à concurrence de 50 % pendant la première semaine et de 70 % dès la deuxième de son empêchement, au total

pendant :	si le contrat a déjà duré :
2 à 3 semaines	moins de 6 mois,
2 semaines à 1 mois	de 6 à 9 mois,
3 semaines à 1 mois $\frac{1}{2}$	de 9 à 12 mois,
1 mois à 3 mois	de 1 à 5 ans,
2 mois $\frac{1}{2}$ à 4 mois $\frac{1}{2}$	de 5 à 10 ans,
4 mois à 6 mois	de 10 à 15 ans.
	et caetera . . .

La prétention de l'employé demeure même si son contrat est résilié après le début de l'empêchement.

Lorsque l'employeur a assuré son employé contre les maladies non professionnelles à une caisse-maladie reconnue, il peut déduire du salaire qu'il lui doit une partie de l'indemnité de chômage proportionnée à la part de primes qu'il a lui-même payée.

Toute autre convention en faveur de l'employeur, si ce n'est par contrat collectif, serait nulle».

L'article 130 LAMA disparaîtrait donc. Il serait remplacé en partie par la nouvelle règle que nous venons de proposer et en partie par une disposition obligeant tous les employeurs à assurer leurs employés contre les risques professionnels.

Conclusion

«Le principe de solidarité et son application pratique, la compensation, constituerait une nouvelle étape de la législation sociale qui, partie de l'assistance, arriverait maintenant à la compensation après être passée par l'assurance¹». Ce principe qui ne peut être entièrement adopté chez nous, trouve son application dans notre solution lors d'empêchements de travailler dus au service militaire et, jusqu'à un certain point, dans l'assurance-risques professionnels obligatoire que nous préconisons. Il n'est pas applicable pour le paiement de salaire lors d'autres empêchements car en Suisse un système de sécurité sociale est probablement exclu pour longtemps et la disposition qui remplacera l'article 335 c. o., si elle voit le jour, aura une longue existence d'abord parce que les employeurs auront consenti un sacrifice en l'acceptant et, enfin, et surtout, parce qu'il ne faut pas oublier que le standard de vie de l'ouvrier suisse est plus élevé que celui de l'ouvrier anglais ou de l'ouvrier français par exemple.

Le système que nous proposons est un compromis entre le droit actuel et un plan de sécurité sociale. Sans aller jusqu'à la réalisation intégrale du principe de solidarité, il augmente d'une part la protection que l'article 335 c. o. accorde actuellement à l'employé et il applique d'autre part le principe de l'assurance obligatoire pour les risques inhérents à l'activité professionnelle du travailleur.

Notre solution paraît supportable pour les employeurs et marquerait un progrès certain pour les salariés.

¹ Attinger, p. 131 en note.

BIBLIOGRAPHIE

- ATTINGER C. — *Les caisses de compensation militaire*, thèse Zurich 1946.
- BECKER H. — *Obligationenrecht*, Bern 1934.
- BEKATA K. — *Die rechtige Stellung des Arbeitnehmers in der Sozialversicherung der Schweiz*, Bern 1948.
- BEVERIDGE W. — *Du travail pour tous dans une société libre*, traduit par H. Laufenberger et J. Domarchi, Paris 1945.
- BIRCHMEIER W. — *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im Schweizerischen Obligationenrecht*, Zurich 1926.
- Britain 1949-50 et
- Britain 1950-51, publiés par «the central office of information», Londres 1950.
- VON BUREN B. — *Ein Beitrag zur Systematik des schweizerischen Arbeitsrechts*, Zurich 1944.
- CANNER R. — *Die Gerichtspraxis zu Art. 335 OR.* (Interkantonale Vereinigung für Arbeitsrecht ; Herbstkonferenz 1946 in Solothurn).
- CHRISTEN H. — *Lohnzahlungspflicht im Krankheitsfalle. Die Abgeltung durch eine Krankenversicherung*, Zurich 1947.
- COLIN-CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris 1948.
- DAVISON R. — *Social advance in Britain* (social security, p. 7-39), 1949.
- DEREUX. — *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, Revue trimestrielle 1910, p. 503 et ss.
- DURAND P. - JAUSSAUD R. — *Traité du droit du travail*, Paris 1947.
- DURR K. — *Kommentar zum KUVG*, 1943.
- EICHOLZER E. — *Contrat collectif de travail*, FJS 841 a, Genève 1948.
- «Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis», aufgestellt vom Arbeitsrechtsausschluss der Akademie für Deutsches Recht, Hambourg 1938.
- FICK F. — *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zurich 1915.
- FLEINER. — *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 1913.
- FLUHR R. — *Lohnzahlung bei Arbeitsversäumnis*, Berlin 1939.
- FUNK F. — *Commentaire du code fédéral des obligations* (art. 1 - 530).
- GERHARDT J. — *Deutsche Arbeits- und Sozialpolitik*, Berlin 1939.
- GOLDENBERG C. — *Nature juridique des contrats de travail*, thèse Genève 1908.

GUHL T. — **Le droit fédéral des obligations**, Zurich 1947.

Guide pour l'application des régimes des allocations pour perte de salaire et de gain publié par l'office fédéral de l'industrie des arts et métiers et du travail, mai 1945.

GYSIN A. — **Arbeitsrecht**, Zurich 1943.

HOLER O. — **Contrat collectif de travail**, FJS 841, 842, 843, Genève 1943.
Der Lohnanspruch bei Krankheit oder Militärdienst (separatabdruck aus den Nrn. 2 und 3 der schweizerischen Gewerbezeitung vom 14. und 21. Januar 1933).

HOLZER M. — **Allocation pour perte de salaire et de gain**, FJS 928, 929, 930, Genève 1945.

HUECK A. — **Deutsches Arbeitsrecht** ; deuxième édition complétée, Berlin 1944.

HUECK A. - NIPPERDEY H. C. — **Lehrbuch des Arbeitsrechts**, Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.

JACOBI. — **Grundlehren des Arbeitsrechts**, Leipzig 1927.

KASKEL W. - DERSCH H. — **Arbeitsrechts**, Berlin 1932.

KATZ R. — **Der Entgeltsanspruch des Dienstpflichtigen in den Fällen einer Arbeitsverhinderung nach Art. 335 des schweizerischen Obligationenrechts und die analogen Bestimmungen in den Nachbarländern der Schweiz**, thèse Zurich 1938.

LANG O. — **Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations**, La Chaux-de-Fonds 1931.
Der Dienstvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, Zurich 1912.

La sécurité sociale : étude internationale, publié par le BIT, Genève 1950.

La sécurité sociale en Angleterre, publié par les Services de l'Information britannique, 1946.

LAUBER W. — **Praxis des sozialen Unfallversicherungsrechts der Schweiz**, Berne 1928.

LAUTNER J. — **Der Anspruch des Fabrikarbeiters auf Entgeltzahlung im Krankheitsfalle nach Art. 335 des schweizerischen Obligationenrechts** (Gutachten), Zurich 1947.

LORETAN R. — **Vacances et jours fériés payés. Force dérogatoire du droit fédéral** (Note de jurisprudence sur l'article 335 c. o.), JDT 1939 I, p. 324.

LOSCHKE J. — **Arbeitsrecht**, Berlin, Leipzig, Vienne 1944.

LOTMAR PH. — **Der Arbeitsvertrag**, Leipzig 1908.

MAIRE L. — **L'organisation sociale du travail**, Lausanne 1945.

MARTIN A. — **Le code des obligations, des contrats de droit civil**, Genève 1920.

MAUS W. — **Das deutsche Arbeits- und Sozialrecht**, Schloss Bleckede an der Elbe 1949.

MOLITOR E. — **Deutsches Arbeitsrecht**, Leipzig 1938.

MOLITOR-HUECK-RIEZLER. — **Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes**, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

- NIKISCH A. — **Arbeitsrecht**, Tübingen 1944.
- NIPPERDEY H. C. — **Arbeitsrecht**. Textsammlung für alle deutschen Zonen und Länder, Munich, Berlin 1950.
- OERTMANN. — **Deutsches Arbeitsvertragsrecht**, Berlin 1923.
- OSER-SCHOENENBERGER. — **Das Obligationenrecht**, Zurich 1936.
- PALANDT O. — **Bürgerliches Gesetzbuch**, Munich, Berlin 1949.
- PERRAUD-CHARMENTIER-DE RIEDMATTEN L. — **Les lois sociales, sécurité sociale**, Paris 1948.
- PIC. — **Traité élémentaire de législation industrielle**, 1922.
- PICOT A. — **Le problème du travail en Suisse**, Zurich 1941.
- PLANIOL M. — **Traité élémentaire de droit civil**, Paris 1947.
- REINERT P. — **Der Entgelt im Arbeitsvertrag der Handelsangestellten**, Zurich 1911.
- RICHARD A. — **Le contrat de travail en droit suisse**, thèse Genève 1913.
Les rapports entre le contrat de travail et la législation protectrice du travail, RDS 1933, p. 105 et ss.
- ROHR M. — **Der Dienstvertrag in der Gewerbegerichtlichen Praxis**, St-Gall 1925.
- ROSSEL V. — **Manuel de droit fédéral des obligations**, Lausanne, Genève 1920.
- ROUAST A. - DURAND P. — **Précis de législation industrielle**, Paris 1948.
- ROULLET M. — **La détermination du cercle des personnes assurées en matière d'assurance obligatoire**, 1928.
- SAAS C. — **Zur Interpretation des Art. 335 OR**, RSJ 19, p. 179 et ss., 240, 304.
Mobilmachung und Dienstverträge, RSJ 11, p. 49 et ss.
- SCHNEEBERGER E. — **Die Lohnzahlung während des Militärdienstes des Dienstpflichtigen**, thèse Berne 1938.
- SCHNEIDER et FICK. — **Commentaire du code fédéral des obligations**, Neuchâtel 1915.
- SCHREURS L. — **Die soziale Entwicklung des Arbeitsrechts**, Bern 1946.
- SCHWARTZ P. — **Einführung in die Praxis des Dienstvertragsrechts**, Bâle 1949.
- SCHWEINGRUBER E. — **Die Entwicklung des Dienstvertragsrechts durch die Gerichtspraxis**, ZBJV 68, p. 249 et ss.
Das Arbeitsrecht der Schweiz, Zurich 1946.
Zur praktischen Handhabung und zur Reform des Art. 335 OR, Zurich 1947.
- SERVOISE R. — **Le premier plan Beveridge**, Paris 1945.
Le deuxième plan Beveridge, Paris 1946.
- SIEBERT W. — **Das Recht der Arbeit**, Berlin, Leipzig, Vienne 1943.
- SIEBERT W. - HILGER M. L. — **Arbeitsrecht. Sammlung arbeitsrechtlicher Vorschriften für die US und britische Zone**, Heidelberg 1949.
- SIEGRIST W. — **Contrat collectif de travail, déclaration de force obligatoire générale**, FJS 843 a, Genève 1947.
- SONTHEIM W. — **Der Lohnanspruch des Dienstpflichtigen im Krankheitsfalle**, thèse Zurich 1949.

V. STAUDINGERS J. — **Kommentar zum BGB**, 2e tome. **Recht der Schuldverhältnisse**, 2. Teil, Munich, Berlin, Leipzig 1928.

STEIN P. — **Zur Lohnzahlungspflicht des Dienstherrn bei Krankheit des Dienstpflichtigen**, RSJ 43, p. 39.

SULZER O. — **Zur Interpretation des Art. 335 OR**, RSJ 19, p. 116 et ss.

V. THUR A. — **Partie générale du code fédéral des obligations**.

TUOR P. — **Le code civil suisse**, Zurich 1942.

TSCHUDI H. P. — **Neue Entwicklung im schweizerischen Arbeitsrecht**, RSJ 43, p. 33 et ss.

WILHELM A. — **Du contrat collectif de travail, spécialement en droit suisse**, thèse Berne 1928.

Arrêts du Tribunal Fédéral suisse. Recueil officiel.

Bulletin du droit du travail.

Bulletin de jurisprudence du travail.

Bulletin sténographique des séances du Conseil national et du Conseil des Etats.

Fiches juridiques suisses.

Informations sociales.

Journal des tribunaux.

Revue de droit suisse.

Revue internationale du travail.

Revue suisse de jurisprudence.

Semaine judiciaire.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	9
I. Le contrat de travail	11
II. Protection de l'employé	12

PREMIERE PARTIE : LE DROIT EN VIGUEUR

CHAPITRE	I	Genèse de l'article 335 c. o.	15
	Section 1	Ancien article 341	15
	Section 2	Les projets de revision de l'article 335	16
	Section 3	Maintien de l'ancien droit	19
CHAPITRE	II	L'article 335 du code des obligations	21
	Section 1	Contrat de travail conclu à long terme	22
	Sous-section 1	Contrat à durée déterminée	22
	Sous-section 2	Contrat à durée indéterminée	23
	§ 1	Contrat avec long délai de résiliation	24
	§ 2	Contrat avec court délai ou sans délai de résiliation	25
	§ § 1	Contrat dont la durée effective est courte	25
	§ § 2	Contrat dont la durée effective est longue	25
	Section 2	Empêchement de travailler de l'employé sans que ce soit de sa faute	33
	Sous-section 1	Empêchement de travailler	34
	§ 1	La maladie et les causes analogues	34
	§ 2	Le service militaire et les causes analogues	36
	§ § 1	Le régime des allocations pour perte de salaire et de gain en vigueur depuis 1939	38
	§ § 2	L'article 335 c. o.	41
	§ 3	Autres causes d'empêchement de l'article 335	42
	Sous-section 2	Absence de faute	44
	Section 3	Conséquence de l'applicabilité de l'article 335 c. o. : paiement du salaire pendant un temps relativement court	46
	Sous-section 1	Paiement du salaire	47
	Sous-section 2	Paiement pendant un temps relativement court	48

Section 4	L'article 335 c. o. est-il de droit dispositif ou de droit impératif ?	49
Section 5	L'article 344, alinéa 2 c. o. et les autres dispositions spéciales	52
CHAPITRE III	Incidences d'autres règles de droit sur l'article 335 c. o.	55
Section 1	L'article 130 LAMA	55
Section 2	Les contrats collectifs	58

DEUXIEME PARTIE : LE DROIT ETRANGER

CHAPITRE I	Le droit français	65
Section 1	Accidents de travail	67
Section 2	Assurances sociales	69
CHAPITRE II	Le droit allemand	71
§ 1	Dispositions actuelles	71
§ 2	Origines du droit allemand	72
§ 3	Paragraphe 616, alinéa 1 du code civil allemand	73
§ 4	Paragraphe 616, alinéa 2 du code civil allemand	76
§ 5	Paragraphe 63 du code du commerce	77
§ 6	Paragraphe 133 c, alinéa 2 de l'ordonnance sur l'industrie et les arts et métiers	78
§ 7	Projet de loi de 1938	79
§ 8	Les contrats collectifs	81
CHAPITRE III	Le droit anglais	87
Section 1	Le plan Beveridge	87
Section 2	La législation en vigueur	89
§ 1	Accidents et maladies professionnels	90
§ 2	Accidents et maladies non professionnels	91

TROISIEME PARTIE : LE DROIT FUTUR

Section 1	Projet de loi visant à améliorer l'article 335 c. o.	95
Section 2	Faut-il modifier l'article 335 ?	98
§ 1	Critique du droit en vigueur	98
§ 2	Point de vue de la doctrine	101
§ § 1	Critique de la disposition actuelle	101
§ § 2	Aperçu de quelques solutions proposées	102
§ 3	Solutions étrangères	104
Section 3	Teneur d'une nouvelle disposition légale	106
Conclusion		111
Bibliographie		113
Table des matières		119

